

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Liina Allikmäe

**KOHALDUVA ÕIGUSE JA HANKIJATE VAHELISE VASTUTUSE MÄÄRAMINE
KUI PIIRIÜLESE ÜHISHANKE VÄLTIMATU EELDUS**

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Mari Ann Simovart
Kaasjuhendaja
mag. iur. Karin Täär

Tallinn
2020

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Hankijatevaheline koostööleping kui piiriülese ühishanke läbiviimise vajalik eeldus	9
1.1 Piiriülese ühishanke regulatsiooni kehtestamise eesmärk	9
1.2 Koostöölepingu õiguslik kvalifikatsioon	12
1.3 Koostöölepingu sõlmimise nõue	19
1.4 Hankijate vahelise vastutuse reguleerimise olulisus ning mõju poolte koostööle	23
1.5 Koostöölepingule kohalduva õiguse mõju hankijate tegevusele	27
2. Piiriüleste ühishangetena läbiviidavatele hankemenetlustele kohalduv liikmeriigi õigus ja sellest tulenev hankijate vastutus	31
2.1 Kohalduva õiguse mõju hankemenetlusele ja hankijate vahelisele vastutusele	31
2.2 Kolmandate isikute võimalikud nõuded hankija(te) vastu vaidlustusmenetluses ja võimalikkus piiriülese ühishanke kontekstis	37
2.3 Vahekokkuvõte: piiriülese ühishanke edukas teostamine	43
3. Piiriülese ühishanke tulemusena sõlmitud hankelepingu täitmine	47
3.1 Hankija määratlemine hankelepingus ja hankelepingu õiguslik olemus	47
3.2 Nõuete esitamine hankija(te) vastu ning selle seos vastutuse ja kohalduva õiguse määramisega	49
3.3 Hankelepingust tulenevate nõuete esitamine täitja vastu ning selle seos vastutuse ja kohalduva õiguse määramisega	55
3.4 Vahekokkuvõte: hankelepingu efektiivne ja edukas täitmine	58
Kokkuvõte	60
Determination of the applicable law and liability between contracting authorities as an essential precondition for joint cross-border public procurement	65
Lühendid	68
Allikad	69
Kasutatud kirjandus	69
Kasutatud normatiivmaterjal	74
Kasutatud kohtupraktika	75
Muud kasutatud allikad	76
Lisad	79
Lisa 1. Küsimustik ning hankijate vastused, teabepäringute vastused	79

Sissejuhatus

Euroopa Liit (edaspidi EL) kui iseseisev ökosüsteem on pidevas muutumises ning liidu poolt välja antud õigusraamistik loob eeldused jätkusuutlikuks, konkurentsivõimeliseks ja turvaliseks turumajanduseks. Riigihanked moodustavad ligikaudu 14% EL-i sisemajanduse koguproduktist, mistõttu on riigihankemenetlus ning sellele kohalduv reeglistik oluline nii EL-i kui ka liikmesriikide tasandil. Euroopa Komisjoni hinnangul on strateegiliste hankekontseptsioonide arendamine hädavajalik ning eesmärgiks on riigihankemenetlusi tõhusamaks muuta.¹ Ühtse turu uuendamine hoogustab innovatsiooni, hindade langust ning ettevõtete võimalusi eri turgudele sisenemisel.² Üheks strateegiliseks vahendiks, kuidas turgu sihipäraselt elavdada on piiriüleised riigihanked ühishangete vormis.³

2014. a riigihankeõiguse reformipaketti kuulusid Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivid 2014/24/EL riigihangete kohta⁴ (edaspidi nimetatud ka direktiiv), 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta⁵ (edaspidi nimetatud ka kontsessioonide direktiiv) ning 2014/25/EL võrgustikusektori kohta⁶ (edaspidi nimetatud ka võrgustikusektori direktiiv), milles nähti esmakordselt ette konkreetset reeglit piiriüleste riigihangete läbiviimiseks ühishanke vormis. Piiriüleste ühishangete läbiviimine oli kaudselt võimalik ka enne 2014. a riigihankereformi, kuid avaliku sektori hankijatel esines märkimisväärsed õiguslikke ja praktilisi raskusi teise liikmesriigi keskse hankija kaudu hankimiseks või riigihankelepingute ühisel sõlmimisel, nagu selgitab direktiivi põhjenduspunkt 73. Euroopa Komisjoni hinnangul on vastu võetud direktiivi reeglistik nüüd ammendav ja eesmärgipärane.⁷ Õiguskirjanduses on

¹ Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele kuidas rakendada Euroopa riigihanked kogu Euroopa teenistusse. COM (2017) 572 final. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572&from=ET> (02.12.2019), lk 2.

² Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele ühtse turu täiustamise kohta: rohkem võimalusi inimestele ja ettevõtetele. COM (2015) 550 final/2. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ET/1-2015-550-ET-F2-1.PDF> (02.12.2019), lk 3.

³ Euroopa Komisjon. (viide 1), lk 12.

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014. a, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242.

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014. a, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, lk 1-64.

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014. a, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihanked ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, lk 243-374.

⁷ Sàñches-Graells, A. Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia? Procurement Law Journal, 2016. Arvutivõrgus: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/605a97a4-7ff8-42f4-82aa-93295675470e.pdf> (13.02.2020), p 3.

esitatud vastupidiseid seisukohti nagu oleks uus regulatsioon veel „lapsekingades“ ning tõsiste õiguslike probleemide lahendamine ootab seadusandjat alles ees.⁸ Samuti on argumenteeritud, et kuniks regulatsiooni pole täpsustatud või Komisjoni poolt rakendamiseks vajalikke praktilisi suuniseid tulnud, jääb konsolideeritud hangete rakendamine ja regulatsiooni eesmärk saavutamata.⁹

Direktiivi artiklis 39 nähakse ette kolme piiriülese konsolideeritud hankimise vormi: keskne piiriülene hankimine, piiriülene ühishankimine koostöölepinguga, ühise juriidilise isiku loomine. Direktiivi artikli 39 lg 4 järgi tuleb koostöölepinguga ühishankimisel hankijatel kokku leppida vähemalt järgmises: poolte vastutusvaldkonnad, asjakohased kohaldatavad riigisisesed sätted, hankemenetluse sisemine korraldus, sh menetluse haldamine, hangitavate ehitustööde, asjade või teenuste jaotamine ning lepingute sõlmimine. Tuleb märkida, et võrgustikusektori direktiiv on piiriülese ühishanke koostöölepingu vormis reguleerimises sõnastuslikult identne, kuid võrgustikusektori hankijatele seadusandlusest tuleneva paindlikkuse tõttu on käesolevas magistritöös asjakohane käsitleda ka võrgustikusektori erisuste mõju ühiste koostööprojektide realiseerimisele. Normide sisu põhimõttelist kattuvust on kinnitatud ka õiguskirjanduses.¹⁰ Kontsessioonide direktiiv ühishangete eriregulatsiooni ei sisalda ning sel põhjusel ühishankimist kontsessioonide vaates magistritöö mahus ei analüüsita.

Käesolev magistritöö analüüsib mahupiirangu tõttu piiriüleste ühishangete korraldamist koostöölepinguga ning sellega seotud õiguslikke probleeme.¹¹ Analüüs viiakse läbi kohalduva õiguse ja pooltevahelise vastutuse aspektist lähtudes. Vajadusel tugineb töö autor analoogia korras ka keskse piiriülese hankimise olemasolevale teooriale ja praktikale.

Piiriülene ühishankimine koostöölepinguga sisaldab ajalises järjestuses kolme etappi – koostöölepingu sõlmimise etapp, hankemenetluse ettevalmistamise ja läbiviimise etapp ning hankelepingu täitmise etapp. Iga etapi kohta on hankijatel võimalus teha valik kohalduva õiguse ja pooltevahelise vastutuse osas. Direktiiv kohustab hankijaid määrama kindlaks poolte vastutusvaldkonnad ning nende vastava liikmesriigi riigisese õiguse kohaldatavad riigisisesed

⁸ Valcarcel Fernandez, P. The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions. Arvutivõrgus: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/28_10_2017_11_08-Article_Valcarcel_2017.pdf (01.04.2020), p 16.

⁹ Sanches-Graells, A. The Emergence of Trans-EU Collaborative Procurement: a „Living Lab“ for European Public Law? Public Procurement Law Review, 2020. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3392228 (01.04.2020), p 25.

¹⁰ Karindi-Kask, E. RHS § 44/1. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹¹ Sellest tulenevalt on piiriülesele ühishankele viidates silmas peetud vaid koostöölepingu abil teostatud koostööprojekte.

sätteid ja avaldama selle riigihanke alusdokumentides (edaspidi RHAD). Direktiivi sõnastusest ei ole võimalik üheselt tuvastada, kas mõeldud on üksnes poolte vahelisele koostööle suunatud kohalduva õiguse määramist või ka hankemenetlusele kohalduva õiguse määratlemist. Õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et direktiivis peetakse silmas siiski hankemenetlusele kohalduva õiguse määramist.¹²

Arvestades eeltoodut on autori eesmärgiks vastata küsimusele, kas piiriülese ühishankimise kohta direktiivis sätestatud koostöölepingu kohustuslikud elemendid on sätestatud arusaadavalt ja ammendavalt ehk kas on saavutatud õigusselgus. Selleks tuleb välja selgitada ja avada, millised on piiriülese ühishanke erinevates etappides esinevad õiguslikud probleemid, mis seonduvad kohalduva õiguse ja vastutuse reguleerimisega. Töös püstitatud eesmärkide saavutamiseks on töö autor läbi viinud intervjuud ja esitanud kirjalikud päringud Eesti suurimatele hankijatele¹³, samuti on hankijad esitanud analüüsimiseks välispartneritega sõlmitud koostöölepinguid.

Töö autor lähtub järgmistest uurimisküsimustest:

- a) Mis on õiguslikud riskid ja tagajärjed, kui kohalduv õigus jääb piiriülese ühishanke eri etappides määramata?
- b) Mis on õiguslikud riskid ja tagajärjed, kui piiriülese ühishanke eri etappides tehtud kohalduva õiguse valik on mõnes või igas etapis erinev?
- c) Kuidas jaguneb vastutus hankijate vahel piiriülese ühishanke eri etappides ning mis on võimalikud tagajärjed eri hankijatele?

Püstitatud hüpotees on järgmine: direktiivi artikli 39 lg-s 4 ja direktiivist tulenevalt ka riigihangete seaduse¹⁴ (edaspidi RHS) § 44 lg-s 4 on piiriüleste ühishangete regulatsioon puudulik kohalduva õiguse ja vastutuse määramise osas ning õigusselguse saavutamiseks on vajalik regulatsiooni täpsustamine.

Lähtuvalt töö autori püstitatud eesmärkidest on töö jaotatud kolmeks peatükiks, esitades ja lahendades kohalduva õiguse ja vastutuse kokkuleppimise probleemküsimusi piiriülese ühishanke kolme etapi vältel.

¹² Näiteks Sànches-Graells, A. (viide 9).

¹³ Töö autori poolt saadetud küsimustik ja hankijate vastused on toodud käesoleva töö lisa 1.

¹⁴ Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019, 145.

Esimene peatükk analüüsib hankijate koostöö esimest etappi ehk koostöölepingu sõlmimist. Peatükis käsitletavate probleemküsimuste lahendamiseks analüüsitakse koostöölepingu eesmärki ning selle õiguslikku kvalifikatsiooni. Leitakse ka vastus olukorrale, kui koostöölepingut ei ole sõlmitud. Viimaks analüüsitakse koostöölepingule kohalduva õiguse ja hankijate vahelise vastutuse mõju piiriülesele ühishankele tervikuna.

Teine peatükk keskendub hankemenetluse läbiviimisele ning vaidlustusmenetlusele. Pooltevahelises koostöölepingus kindlaks määratud vastutus hankemenetluse läbiviimise eest mõjutab hankemenetluse läbiviimist ning hankijate ja kolmandate isikute (pakkujate, huvitatud ettevõtjate) õiguseid muuhulgas juhul, kui esineb riigihankeõiguse rikkumisi. Mõistagi ei ole vähetähtis ka hankemenetlusele kohalduv riigihankeõigus ise ning selle mõju.

Kolmandas peatükis analüüsitakse hankelepingu täitmisel kerkivaid olukordi, arvestades piiriülese projekti omapärasid. Analüüsitakse nõuete esitamise võimalikkust ning seost kohalduva õiguse ja vastutuse klauslitega hanke- ja koostöölepingus. Autor esitab viise, milliseid õiguslikke võimalusi esineb, et piiriülest ühishankemenetluse tulemuse sõlmitud hankelepingut täita ehk siis eelkõige, kes saab olla hankelepingus hankijaks. Nii teise kui ka kolmanda peatüki lõpus esitatakse vahekokkuvõtte, milles sisalduvad ka soovitusel hankijatele.

Teema on aktuaalne, kuna riigihankereformi läbiviimise tulemusena on esmakordselt EL-i sekundaarse õiguse tasemel reguleeritud piiriüleste ühishangete läbiviimiseks vajalikud eeldused – koostöölepingu sõlmimine – ja esitatud ka kohustuslik sisu, eeldades, et direktiivis toodud raamistik annab hankijatele piisavad juhised koostööprojekti realiseerimiseks. Õiguskirjanduses on aga asutud seisukohale, et uus regulatsioon ei ole piisav praktikas esinevate õiguslike probleemide lahendamiseks.¹⁵ Praktikas rakendati piiriülest ühishankimist 2020. a esimeses pooles nii maailma kui ka liitu tabanud COVID-19 viiruse pandeemia tõkestamisel. Pandeemia tekitas kiire reageerimisvõimekuse vajaduse näiteks isikukaitsevahendite (piiriülesel ühis)hankimisel. Näiteks viis Euroopa Komisjon koos liikmesriikidega ühiselt läbi neli ühishanget.¹⁶ Metoodika kaitse- ja julgeolekuvaldkonna hankijatele on koostamisel iProcureNet¹⁷ viieaastase projekti raames.

¹⁵ Näiteks Sàncles-Graells, A. (viide 9).

¹⁶ Euroopa Komisjon. Ülevaade komisjoni võetud meetmetest. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/overview-commissions-response_et (28.04.2020).

¹⁷ Euroopa Komisjoni rahastatav projekt iProcureNet loob võrgustiku, et lihtsustada sisejulgeolekuks vajalike toodete ja teenuste hankeid, lähtudes piiriülestest hankevõimalusest. Võrgustiku töös osalevad Eestist Politsei- ja Piirivalveamet ning Tartu Ülikool. Arvutivõrgus: <https://www.iprocurenet.eu/#about> (17.02.2020).

Autorile teadaolevalt ei ole direktiivis ja RHS § 44 lg-s 4 sätestatud piiriülest ühishanget seni teadustöö tasemel eesti keeles käsitletud. Inglise keeles on olemas Euroopa Komisjoni koostatud uuring “Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States”¹⁸ ning ka selle uuringu kriitiline analüüs “A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study”¹⁹ Albert Sánchez-Graells poolt, kes on piiriüleste ühishangete õiguslikku keerukust ja kompleksust rõhutanud ka mitmetes artiklites. Viidatud allikates, kus olemasolevat praktikat analüüsitakse, leidub infot, mis on olnud hankemenetluste kitsaskohad. Küll aga ei ole õiguskirjanduses ega teadusartiklites kajastatud piiriülese ühishanke läbiviimise õiguslikke riske ega tagajärgi konkreetsete lahenduste või soovitustega, kuidas direktiivist tulenevaid kohustusi järgida, samal ajal neid efektiivselt hankijate huvides rakendada. Praktiliste soovitude vajadust on välja toonud ka hankijad, et koostööprotsesse lihtsustada, samuti kirjeldanud hankija kaalutusõiguse täpse äranäitamise vajadust.²⁰

Magistritöö koostamisel kasutab autor kombineeritud uurimismeetodit ehk nii andmekogumise meetodit kirjanduse ja praktika (läbi viidud piiriüleste ühishankede) andmete kogumise näol. Kirjanduses toodud seisukohti ja hankijate praktikat tõlgendatakse ja esitatakse teksti kujul pärast andmete võrdlemist, analüüsi ja üldistamist (süsteemne-kvalitatiivne). Sisulisele osale konteksti andmise eesmärgil kasutab autor ajaloolist meetodit piiriüleste ühishangete regulatsiooni kujunemise uurimiseks. Koostöölepingud ning nende sisu ei ole avalik teave, mistõttu on autor nende analüüsimiseks teinud päringuid Eesti suurimatele hankijatele ning saanud selle tulemusena võimaluse tutvuda üksikute koostöölepingutega. Siiski kasutab autor mitmete näidetena elektri ja gaasi ülekandesüsteemihalduri Elering AS-i koostöölepingutes sätestatud, kuna nimetatud hankija poolt läbi viidud piiriüleste ühishangete kohta on autoril kõige rohkem informatsiooni.

Töö autor soovib tänada Mari Ann Simovarti riigihankeõigusliku teoreetilise tagasiside andmise ning Karin Tääri praktilise vaatenurga avamise ja alati sisukate arutelude eest.

¹⁸ European Commission. Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/22102/> (02.02.2020).

¹⁹ Sàñches-Graells, A. Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated? A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study. European Procurement & Public Private Partnership Law Review vol. 2, 2017. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2944008 (02.02.2020), pp 97-111.

²⁰ RB Rail AS esindaja 28.04.2020 vastus, vt käesoleva töö lisa 1.

Käesolevat magistritööd kõige enam iseloomustavad märksõnad: ühishanked, avalik sektor, hankemenetlus, riigihanked, avalik õigus, Euroopa Liidu õigus.

1. Hankijatevaheline koostööleping kui piiriülese ühishanke läbiviimise vajalik eeldus

1.1 Piiriülese ühishanke regulatsiooni kehtestamise eesmärk

Komisjon on enne direktiivi vastuvõtmist rõhutanud, et piiriüleste ühishangete läbiviimise reeglite väljatöötamine direktiivi tasandil oli vajalik, et ühtlustada liikmesriikide riigisisest õigust. Uuringute järgi oli regulatsiooni puudumise tagajärjeks jäigad protseduurid ning barjäärid turgudele sisenemisel. Tegevuskavasse võeti liikmesriikide jaoks EL-i õigusaktide kohane võimaluste parandamine, et sõnaselgelt lubada piiriüleseid ühishankeid. Koostati kohaldatavas õiguses tekkivate vastuolude lahendamist soosivad normid, et reguleerida kohalduva õiguse ja muud jurisdiktsiooni puudutavad küsimused.²¹ Varasemalt oli peaaegu igas liikmesriigis kehtiv, olenevalt riigist, kitsas või lai võimalus selliseks koostöövormiks, kuid koostöö tegemine nõudis erinevate õigussüsteemide ühendamist ning üksnes riigisisese õiguse tasandil ei olnud see edukalt saavutatav. Ainult liikmesriikide vaheliste meetmete rakendamine tõi kaasa erinevad nõuded ja vastuolulised menetluskorrad. Varasemate piiriüleste ühishangete protsessi iseloomustas hankijate suur ebaselgus menetluslike valikute ja hankemenetluses tehtud otsuste õigusliku siduvuse osas. EL-i nõukogu hinnangul edendab ülepiirilise ühishanke võimalus aga innovatsiooni järjepidevat kasvu, mille tõttu oli õiguslike ja menetluslike takistuste ületamine uue direktiivi näol hädavajalik.²²

Eeltoodust tuleneb, et piiriüleste ühishangete regulatsiooni välja töötamise eesmärk direktiivi tasemel oli õigusselguse saavutamine ning seda EL-i üleselt. Direktiiv andis liikmesriikidele aluse ühtsete reeglite sätestamiseks riigisisises õiguses. Õigusselguse põhimõte õiguskindluse põhimõtte osana kuulub EL õiguse aluspõhimõtete hulka.²³ Olenemata EL-i õigusaktide lünklikkusest tuleb EL-i õigust rakendada võimalikult suures ulatuses olenemata lünkadest.²⁴ Töö autor toob alljärgnevates peatükkides välja nii direktiivis kui ka Eesti riigisisises õiguses kehtestatud kohustuslikud reeglid ning esitab normi grammatilise kui ka teleoloogilise

²¹ European Commission. Commission staff working paper, impact assessment accompanying the document “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement” and “the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors”, Brussels, 20.12.2011, SEC(2011) 1585 final. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1585&from=EN> (01.12.2019), p 159.

²² Council of the European Union. Interinstitutional File: Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on public procurement – Cluster 6: Aggregation of demand, 6907/12, 28.02.2012. Arvutivõrgus: <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%206907%202012%20INIT> (01.12.2019), p 15.

²³ Rosenberg, T. Õigusselguse põhimõte Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikas. Magistritöö. Juhendaja Ülle Madise. Tallinn: Tartu Ülikool 2019, lk 9.

²⁴ Lõhmus, U. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtted: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. – Juridica IX/2011, lk 642.

tõlgenduse abil selgitused, kuidas piiriülest ühishanget kehtestatud normide alusel läbi peaks viima, võrreldes norme ka hankepraktikaga. See tähendab, et analüüsitakse õigusselguse saavutamist, mida on direktiivi väljatöötamisega soovinud EL seadusandja.

Samuti on piiriülestel ühishangetel ka olulisi strateegilisi eesmärke nagu siseturu arendamine. Eeltoodu on Euroopa Komisjoni eesmärgiks olnud alates 2015. a.²⁵ Riigihankemenetluse ühine koordineerimine on siseturu arendamise üheks olulisemaks vahendiks, millele viitab Euroopa Komisjon oma töödokumendis.²⁶ Varasemate riigihankedirektiividega 2004/17/EÜ²⁷ ja 2004/18/EÜ²⁸ oli juba parandatud riigihangete läbipaistvust ja objektiivsust, millest tulenes ka märgatav säästuefekt. Komisjon on uusi piiriülese ühishanke reegleid nimetanud „tööriistakastiks“, mis tagab maksimaalse paindlikkuse ja võimalused riigihanke menetluslike võimaluste kohandamiseks hankeobjekti spetsiifikast lähtudes. Eesmärgina on käsitletav ka halduskoormuse vähendamine – hankijate administratiivvõimekust ja teadmiseid ühendades.²⁹

Säästuefekti laiahaardelisust selgitab direktiivi põhjenduspunkt 59: „Euroopa riigihanketurgudel on avaliku sektori hankijad hakanud järjest rohkem nõudlust koondama, et saavutada mastaabisäästu, sealhulgas vähendada hindu ja tehingukulusid, ning tõhustada ja muuta professionaalsemaks riigihangete korraldust. Seda saab saavutada kas osalevate avaliku sektori hankijate arvu või lepingute mahu ja maksumuse koondamisega pikema aja jooksul.“ See tähendab, et hangete ühine teostamine toob kaasa halduskoormuse- ja kulu vähenemise – riigihanked on koondunud nii administratiivselt kui mahu poolest ning see hoiab kokku märkimisväärsel hulgal kulusid.

Näiteks on Katri Karjalainen analüüsinud mastaabisäästu oma doktoritöös Soome Vabariigi Valitsuse hankeobjektide näitel ning leidnud, et administratiivkulud tõusevad märgatavalt juhul, kui toimub mitmeid killustunud hankemenetlusi, võrdluses olukorraga, kus ühe

²⁵ Euroopa Komisjon. The Single Market Strategy. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/growth/single-market/strategy_et (01.02.2020).

²⁶ Euroopa Komisjon. Komisjoni talituste töödokument, mõju hindamise kommenteeritud kokkuvõte, mis on lisatud dokumentidele „Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta“ ja „Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid“, Brüssel, 20.12.2011, SEK(2011) 1586 lõplik. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1586&from=EN> (01.12.2019), lk 5.

²⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega koostatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, lk 19-131.

²⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra koostamiseks kohta. – ELT L 134, lk 114-262.

²⁹ Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta, Brüssel, 20.12.2011, KOM(2011) 896 lõplik. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN> (01.12.2019), lk 6.

lepinguga hangitakse ühiselt mitmeid objekte.³⁰ Töös toodud järeldusi tsentraliseeritud hankimise tulemuslikkusest on võimalik üle kanda ka piiriüleste ühishangete konteksti. Üheks positiivseks efektiks on kindlasti hinnasääst, kuid hankijate ühine valitsev mõju võib avalduda ka teistes lepingutingimustes.³¹ Siinkohal tuleb muidugi rõhutada, et olgugi et säästlikkus on eraldiseisev riigihanke korraldamise üldpõhimõte³², ei kohusta see hankijaid ilmtingimata sellisel viisil hankima. Hankijal on lubatud lähtuda oma äriprotsessidest. Näiteks olukorras, kus RHAD ettevalmistamine ja avaldamine peab järgima rangeid konfidentsiaalsusnõudeid, ei ole ühiselt hankimine võimalik. Standardiseeritud lahenduste ühine hankimine on ilmselgelt mugav. Selliste standardiseeritud hankeobjekti näitena saab tuua vaktsiinide hankimise, mida on teostanud Sotsiaalministeerium koos Läti ja Leedu partneritega. Ühise hankimisega saavutatud rahaline sääst on ajaga tõestust leidnud: 2018. a langes Hexavalent vaktsiini hind Eestis 20%, 2017. a langes Pneumococcal vaktsiini hind 30% Lätis.³³ Kui hankija soovib kompleksseid lahendusi, mis lähtuvad vaid tema pikaajalistest eesmärkidest, siis ei pruugi ühishange sobilik olla.³⁴

Kui esmapilgul võib tunduda, et koostöökohad liikmesriikide hankijate vahel on piiratud³⁵, siis tegelikkuses on hankijate vajadused riigist riiki äärmiselt sarnased. Näiteks koeratoidu hankimine, mida Politsei- ja Piirivalveamet on ühiselt hankinud koos Maksu- ja Tolliametiga³⁶, on üleeuroopaline ning konkurentsi efektiivse ärakasutamise ja rahaliste vahendite säästliku kasutamise eesmärgil on koostöö ka väga tavapäraste hankeobjektide puhul õigustatud. Kuid töö autori poolt läbi viidud intervjuude vastustest tuleneb, et piiriüleste ühishangete realiseerimine ei ole Eesti suurimate hankijate seas eelistatud.³⁷ Nagu selgus Elektrilevi

³⁰ Karjalainen, K. Challenges of Purchasing Centralization – Empirical Evidence from Public Procurement. Doctoral Dissertation. Supervisors Dr. Katariina Kemppainen, Dr. Erik M. van Raaij. Helsinki School of Economics 2009. Arvutivõrgus: <http://epub.lib.aalto.fi/pdf/diss/a344.pdf> (22.02.2020), p 36.

³¹ Sàñches-Graells, A, Herrera Anchustegui, I. Impact of public procurement aggregation on competition. Risk, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24. University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-35. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2534496 (22.02.2020), p 3.

³² RHS § 3 p 5 kohaselt peab hankija kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt, sõlmib hankelepingu parima võimaliku hinna ja kvaliteedi suhte alusel ning viib riigihanke läbi mõistliku aja jooksul.

³³ Informatsioon PowerPoint esitlusest, edastatud Haigekassa esindaja pool e-posti vahendusel 19.12.2019 (vt käesoleva töö lisa 1). Langusprotsendi võrdlusaastaks on 2015.

³⁴ Walker, H., *et al.* Collaborative Procurement: A Relational View of Buyer-Buyer Relationships. Public Administrations Review, Vol. 73, No. 4, 2013, p 595. Magistr töö autor märgib, et tegemist on Suurbritannia sisesel administratiivkoostöö põhjal tehtud uuringuga, mille järeldused on üle kantavad ka käesoleva töö konteksti.

³⁵ Näiteks ühised infrastruktuuriprojektid ja isikukaitsevahendite hankimine.

³⁶ Politsei- ja Piirivalveamet “Koeratoidu ostmise” (viitenumber 145724), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/528016/general-info> (17.02.2020), Politsei- ja Piirivalveamet “Koeratoidu ostmise” (viitenumber 187120), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/714631/general-info> (17.02.2020).

³⁷ Töö autori läbi viidud intervjuud. Järgnevas loetelus hankijad on kinnitanud, et piiriüleste ühishangete nende organisatsioonis ei ole teostatud: Eesti Energia, Riigi Tugiteenuste Keskus, Tallinna Tehnikaülikool, Töötukassa, Riigi Kinnisvara AS, Politsei- ja Piirivalveamet, Elektrilevi, Tartu Ülikooli Kliinikum, Tartu Ülikool.

esindajaga läbi viidud intervjuust, võib koostöökohti kiirelt leida ning esitas ideena Soome ja Rootsiga põhimaterjalide ja seadmete (nt seadmetrafode) hankimise, mille osas suured mahud võiksid anda säästu. Elektrilevi esindaja hinnangul on uute hankestrateegiate väljatöötamine turul väga tervitatav tegevus.

Olenemata sellest, et piiriülesed ühishanked toovad endaga kaasa märgatava säästuefekti ning paremad lepingutingimused, takerdub ülepiirilise koostöö läbiviimine tihti õiguslikesse ja praktilistesse probleemidesse, mida töö autor analüüsib järgnevates peatükkides.

1.2 Koostöölepingu õiguslik kvalifikatsioon

Pooltevahelised kokkulepped iseloomustavad just eraõiguslikke suhteid, kuid need ei puudu ka avalik-õiguslikest suhetest.³⁸ Kui eraõigust iseloomustab lepinguvabadus, siis avalik-õiguslikes suhetes haldusõigussuhete loomine võib toimuda läbi halduslepingu, kui seda lubab või hankijat kohustab vastav seadus.³⁹ Küsimus, kas hankijate vahelist koostöölepingut ühiseks hankimiseks saab kvalifitseerida avalik-õiguslikuks halduslepinguks või täielikult tsiviilõiguslikuks lepinguks, tõusetub juhul, kui lepingut soovitakse sõlmida, muuta, kehtetuks tunnistada või selgitada välja kohtualluvus (Eesti puhul vastavalt haldus- või maakohus) ja kohalduvad õigusnormid.⁴⁰ Teema on käsitlemisväärne, kuna juhul, kui koostööleping oleks avalik-õiguslik leping, täieneks koostöölepingule nii formaalsed kui materiaalsed elemendid, mis on sätestatud haldusmenetluse seaduses⁴¹ (edaspidi HMS) ja halduskoostöö seaduses⁴² (edaspidi HKTS). Mõistagi on eeltoodu vaid Eesti-sisene ning kantud Eestis kehtivast haldusõigusteooriast. Teiste liikmesriikide puhul kehtib vastava õigussüsteemi analoog. Arvestades käesoleva töö teemat, haakub peatükk kohalduva õiguse määramisega, kui koostööleping seda sõnaselgelt ei reguleeri – siis on vaja kindlaks teha, kas kohaldub mõni rahvusvahelist eraõigust reguleeriv õigusakt või on küsimus EL-üleses administratiivõiguses, mis ühtseid reegleid ette ei näe.

³⁸ Aedmaa, A., *et al.* Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010. Arvutivõrgus: <https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/14765/9985568605.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (04.01.2020), lk 427.

³⁹ Kull, I. VÕS § 3/3.1.9. - Võlaõigusseadus I. Komm vlj. 2. vlj. Tallinn: Juura 2016.

⁴⁰ Aedmaa, A., Parrest, N. Haldusleping. Sisekaitseakadeemia, Tallinn 2004, lk 12.

⁴¹ Haldusmenetluse seadus. - RT I, 13.03.2019, 55.

⁴² Halduskoostöö seadus. - RT I, 19.03.2019, 116.

EL püüdluseid halduskoostöö võimalusi liikmesriikide vahel avardada käsitles Lissaboni leping, millega muudeti Euroopa Liidu Lepingut ja Euroopa Ühenduse asutamislepingut⁴³ (edaspidi Lissaboni leping). Varasemalt arendas ja selgitas halduskoostöö võimalusi vaid Euroopa Kohus. Lissaboni lepinguga anti EL-ile pädevus halduskoostööd Euroopa tasandil toetada, koordineerida ja täiendada halduskoostöö võimalusi, aga mitte liikmesriigi õigust harmoniseerida.⁴⁴

Enne täpsemat analüüsi on vajalik selgitada, et RHS ja direktiiv näeb koostöövormide osas ette mitmeid võimalusi. Direktiiv nägi esmakordselt ette ka hankijate vahelise sisetehingu (*in-house*-tehingud) ja hankijate vahelise koostöö võimalused artiklis 12.⁴⁵ On oluline rõhutada, et need on olukorrad hankelepingu, mitte koostöölepingu sõlmimise kohta. See võimalus näeb ette, et direktiivis toodud eelduste täitmisel on hankijatevaheline (hanke)leping väljaspool riigihankeõigust ehk lubab sõlmida otselepinguid. Selline lubatavus on tingitud asjaolust, et hankijaid ei ole ilmingimata vaja sundida riigihankemenetlust läbi viima, kui vastavad vahendid või võimalused on organisatsioonisiselt olemas. Printsüübid, mis direktiivi artiklis 12 kajastuvad, on formuleerunud Euroopa Kohtu praktikast.⁴⁶ Nende instituutide eraldiseisvust koostöölepingu vahendusel teostatavast piiriülesest ühishankest rõhutab direktiivi artikkel 39 lg 1, nähes ette, et piiriülese ühishanke regulatsiooni ei kohaldata hankijate vaheliste lepingute sõlmimisel, kui see on sisult sisetehing või muu artikli 12 koostöövorm.⁴⁷ Kuigi peatükis analüüsitav koostööleping on direktiivi artikli 12 kohaldamisalast väljas, tuleb rõhutada, et direktiivis toodud paindlike koostöövõimaluste idee on kantud EL-üleselt ühtlustatud administratiivkoostöö võimaldamisest. See tähendab, et traditsioonilised halduskoostöövõimalused ei olnud piisavalt avarad, et ka piiriüleseid olukordi ammendavalt reguleerida.⁴⁸

⁴³ Lissaboni leping, millega muudetakse Euroopa Liidu lepingut ja Euroopa Ühenduse asutamislepingut. 2007/C – ELT L 306/01, 17.12.2007.

⁴⁴ European Parliament. Towards an EU Regulation on Administrative Procedure? Directorate General for Internal Policies, 2010. Arvutivõrgus: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET\(2010\)432743_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET(2010)432743_EN.pdf) (06.03.2020), p 6.

⁴⁵ Ginter, C., Pilving, I. RHS § 12/2. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

⁴⁶ Kohtupraktika kohta on ülevaate teinud Euroopa Komisjon oma 2011. a töödokumendis, milles käsitletakse EL-i riigihankeõiguse kohaldamist ostjatevahelistele suhetele (riigiasutuste vaheline koostöö), peatükis 3. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/et/renditions/pdf> (12.01.2020).

⁴⁷ Direktiivi art 39 lg 1 kohaselt võivad eri liikmesriikide avaliku sektori hankijad tegutseda hankelepingute sõlmimisel ühiselt, kasutades selleks ühte selles artiklis ette nähtud võimalustest, ilma, et see piiraks artikli 12 kohaldamist.

⁴⁸ Racca, G. M., Yukins, C (ed.). Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders. Bruylant, 2019, p 105.

Komisjoni 2011. a töödokument nägi ette mitmeid koostöökohti – näiteks ka ühiseid ja tsentraliseeritud hankelepinguid – viidates hankijate vahelisele lihtsale halduskoostööle. Muu hulgas on välja toodud, et eri osaliste omavahelised suhted võivad olla reguleeritud ka EL-i riigihanke-eeskirjadega, kohaldades riigihankeõigust küll hankimisele endale, kuid hankijatevaheline koostöö sinna alla ei kuulu.⁴⁹ Siinkohal on vajalik toonitada, et töödokument pärineb ajast, mil oli jõus varasem riigihankedirektiiv 2004/18/EÜ. Samas, kuna eelmine riigihankedirektiiv piiriüleseid ühishankeid ei keelanud, võib töödokumendis kajastatud printsiipi – hankijatevaheline koostööleping riigihankeõiguse alla ei kuulu – analoogia korras kohaldada ka käesolevas töös. Mõistagi, sätestab direktiiv nüüd artikli 39 lg 4 järgi ka teatud kohustuslikud elemendid ehk riigihankeõigust ei saa tervikuna jätta kõrvale.

Sellist käsitlust toetab ka Arrowsmith, esitades, et direktiivi ei ole vajalik kohaldada hankijate vahelistes suhetes, kuna see ei ole riigihankeõiguse osaks. Küll aga möönab ta, et ülesannete täitmisel, mis poolte vahelises lepingus kajastuvad, võib olla tarvilik ka riigihankeõigust kohaldada ehk siis hankemenetluse läbiviimine peab kindlasti käima vastava riigihankeõiguse alusel. Teistpidisel tõlgendusel kaotaks direktiiv oma eesmärgi.⁵⁰ Sama põhimõtet esitab ka Steinicke, et direktiivi ei ole vajalik kohaldada hankijate vahelistes suhetes, kus hankija delegerib oma kohustused teisele hankijale hankemenetluse läbiviimiseks riigihankeõigust järgides.⁵¹ Nii võibki väita, et direktiivi eesmärk on olnud reguleerida koostööd läbi dereguleerimise ehk võimaldada ka riikides, kus riigihankeõigus on tihedalt seotud haldusõigusega, muuta õiguskorda liberaalsemaks.⁵² Pole vähetähtis, et sellist haldusorganite vahelist õigusnormidest „vaba“ koostööd on Euroopa Kohus kinnitanud juba palju varem, n-ö Hamburgi kaasuses, kus koostööd tegid erinevad omavalitsused.⁵³

Riigikohus on rõhutanud ammu kanda kinnitanud reeglit: vajalik on tehingu tegeliku sisu analüüsimine, mitte pelgalt hankijate poolt lepingule antud nimetus.⁵⁴ Sellega seondvalt on koostöölepingu õigusliku kvalifikatsiooni küsimus EL-i õiguse küsimus, milles riigihankeõigust ei saa täielikult välistada ning samuti, et süvenema peab sisusse. Siiski on

⁴⁹ Euroopa Komisjon. Komisjoni talituse töödokument, milles käsitletakse EL-i riigihankeõiguse kohaldamist ostjatevahelistele suhetele (riigiasutuste vaheline koostöö). SEK (2011) 1169 (lõplik), 4.10.2011. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/et/renditions/pdf> (12.01.2020), lk 22.

⁵⁰ Arrowsmith, S (ed.). EU Public Procurement Law: An Introduction. *Sine loco, sine anno*. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (01.03.2020), p 119.

⁵¹ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L (ed.). EU public procurement law: Brussels commentary. München: Beck, 2018, p 160.

⁵² Sanches-Graells, A. (viide 9), p 11.

⁵³ EKo C-480/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik*, hagi.

⁵⁴ RKHKo 3-3-1-39-12, p 20.

direktiivi artikli 39 lg 4 printsiibid sattunud õigusteadlaste terava kriitika alla. Põhiline kriitika on, et direktiivi normide kehtestamisel ei ole mõeldud koostöölepingu abil piiriülese ühishanke läbiviimise eri etappidele ning kõiki õiguse harusid käsitlevad õigusteoreetilised analüüsid on teostamata. Näiteks on Sànces-Graells koostöölepingu õiguslikku kvalifikatsiooni pidanud problemaatiliseks ja tekkinud õiguslikku olukorda omamoodi „laboriks“. Oma seisukohtades esitab Sànces-Graells, et direktiivis pole defineeritud, milline on hankijate vahelise koostöölepingu õiguslik olemus ja vorm ehk siis riigihankeõigus võib tekitada paralleelselt kehtiva administratiivõiguse. Selline lahendus võib, aga ei pruugi problemaatiliseks osutuda, sõltudes konkreetse liikmesriigi riigihankeõiguse liberaalsusest.⁵⁵ Ta on ka väitnud, et selline õigussuhe peaks olema rohkem haldusõiguse küsimus, kuid ei esita selles osas tõsikindlat väidet. Veelgi enam, selline koostöö võib mõnes riigis täiesti reguleerimata olla.⁵⁶

Käesoleva töö autor on arvamusel, et selle küsimuse lahendamisel on kõige tähtsam direktiivi põhjenduspunktis 73 toodu. Selles on selgitatud, et igasuguste riigisiseste vastuolude vältimise eesmärk on maksimaalselt ära kasutada siseturu potentsiaali mastaabisäästu ning riski ja kasu jaotamise osas ning seetõttu tuleks kehtestada uued eeskirjad piiriüleste ühishangete kohta, et soodustada avaliku sektori hankijate vahelist koostööd ja suurendada siseturust saadavat kasu, luues piiriüleseid ärivõimalusi tarnijatele ja teenuseosutajatele. Direktiiv peaks määrama kindlaks piiriüleste ühishangete korral kohaldatavad riigihankeid käsitlevad õigusaktid, sealhulgas kohaldatavaid õiguskaitsevahendeid käsitlevad õigusaktid, täiendades Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruses (EÜ) nr 593/2008⁵⁷ (edaspidi Rooma I määrus) sätestatud kollisiooninorme. Rooma I määrus reguleerib just tsiviilõigussuhteid ehk on kohaldatav eraõiguslike lepingute puhul, määrates ära, millise riigi õigust tuleb kohaldada välismaise elemendiga õigussuhetes. Seadusandja eesmärk on ilmne ning koostöölepingu seadusalluvuse – kas eraõiguslik või avalik-õiguslik leping – küsimuses tuleb arvestada riigihangete üldpõhimõtetega ehk konkurentsi soodustamise ja säästlikkusega. Seetõttu on kõigi (rõhutatult, avaliku sektori) hankijate huvides, et koostööd oleks võimalik teha paindlikult, mitte takerdudes rahvusvaheliste ja riigisiseste volitusnormide rägastikku. Arvestades, et hankijate üheks põhitegevuseks on avalike ülesannete täitmine, kuid seda vastavalt eelarvelistele vahenditele, mis on saadud näiteks maksutulul alusel, võib riigihangete üldpõhimõtete valguses pidada üheks olulisemaks printsiibiks siseturu paindlikku ja rahaliselt efektiivset ärakasutamist.

⁵⁵ Sànces-Graells, A. (viide 9), p 10.

⁵⁶ Sànces-Graells, A. (viide 7), p 8.

⁵⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 17.06.2008.a määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta. – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.

Sellise lepingu alusel koostöö võimaldamine on omakorda siseturu toimimisse panustav ja seda arendav.⁵⁸

Juhindudes direktiivi põhjenduspunktist 73 on hankijate jaoks oluline, et piiriülesed ühishanked täidaksid oma eesmärgi ning võimaldaksid koostöölepingute sõlmimist ning selliseid lepinguid tuleks aktsepteerida ja paindlikult rakendada. Sànches-Graells toob oma analüüsis välja, et direktiivi artiklit 39 ei saa pidada sellise (haldus)koostöö volitusnormiks iseenesest, kuna EL ei oma selleks vastavat pädevust. Sellegi poolest ei usu ta, et keegi direktiivi kehtivust selles osas kahtluse alla paneks ning pigem esitab, et vajalik on luua riigihankeõigust ja haldusõigust harmoniseerivad meetmed riigisiselt.⁵⁹ Nii on ka mujal õiguskirjanduses leitud, et sellise halduskoostöö küsimuses ei pea riigisiselised õigusaktid EL üleselt olema harmoniseeritud, aga ühtlustatud normid on sellise koostöö puhul ikkagi vältimatult vajalikud.⁶⁰ Nii on RHS-is ette nähtud võimalus hankijatel efektiivselt koostööd teha ning seda peaks käsitlema volitusnormina ehk see on otsene seaduslik alus (avaliku sektori puhul administratiivseks) koostööks.

Kuigi käesoleva töö põhiteemaks ei ole halduskoostöö riigisisene analüüs, on käesoleva peatüki valguses asjakohane esitada Eestis kehtiva õiguse alusel selgitused haldusorganite vahelise koostöölepingu õigusliku olemuse ja sõlmimise lubatavuse kohta. Töö autor mõonab, et selles osas ei ole tegemist ammendava analüüsiga, vaid näitlikustamaks, kuidas riigisisene õigus võib direktiivis ja RHS-is sätestatud koostöövõimalusi kitsendada või liigselt reguleerida. Tulemuseks võib olla direktiivi eesmärgi – paindlik ja kaasaegne hankijatevaheline koostöö – kaotamine riigisiseste normide tõttu, kuna haldusorganid ei pruugi mitmel tasandil esinevaid probleeme ületada.

Eesti õiguses reguleerib haldusõigussuhteid haldusleping nagu viitab HMS § 95, kuid kohaldada tuleb ka tsiviilõiguslike lepingute kohta käivaid sätteid, kuivõrd on see HMS-i ja HKTS-i arvestades võimalik.⁶¹ Eesti haldusõiguses tunnustatakse era- ja avaliku õiguse põimumist ning haldusorganitel on lubatud eraõiguslikke lepinguid sõlmida. Siiski on sellise lepinguni jõudmine kaheastmeline – lepingule eelnevat etappi reguleerivad avaliku õiguse normid ning alles siis saab jõuda näiteks võlaõigusliku lepinguni. Nii on näiteks riigihangete korraldamine kaheetapilisele menetlusele alluv ehk lepinguni jõudmisel peab haldusorgan täpselt RHS-i järgima, mis tagab ausa ja läbipaistva menetluse, ning hiljem juba hankeleping,

⁵⁸ Arrowsmith, S. (viide 50), p 60.

⁵⁹ Sànches-Graells, A. (viide 9), p 21.

⁶⁰ Racca, G. M., Yukins, C. (viide 48), p 95.

⁶¹ HMS § 105.

kus poolte otsustusvabadus on laiem.⁶² Sellise järelduseni on Riigikohus jõudnud ka teisi valdkondi käsitlevates otsustes, näiteks kontosuhe Eesti Panga ja krediidi- või finantseerimisasutuse vahel võib olla eraõiguslik, aga otsus eraõiguslikku suhtesse astuda võib olla nii tsiviilõiguslik tahteavaldus kui ka haldusakt. Tsiviilõiguslikuks tahteavalduseks on see juhul, kui avaliku õiguse menetluslikud normid selle andmist ei reguleeri.⁶³ Autor väidab, et volitusnorm koostöölepingu sõlmimiseks tuleneb praegusel juhul RHS § 44 lg-st 4.

Tsiviilõigusliku lepingu lubatavuse osas sätestatakse, et haldusorganil ei ole keelatud haldusülesande täitmiseks sõlmida sisult tsiviilõiguslikke lepinguid, kui just pole ette nähtud kohustust sõlmida üksnes haldusleping ning vastavalt HKTS § 3 lg-le 4 eeldatakse, et juhul, kui lepingust ei nähtu selgelt poolte tahet sõlmida tsiviilõiguslik leping, siis eeldatakse, et tegemist on halduslepinguga. Vajalik on märkida, et kõik hankijad ei ole haldusorganid haldusõigusnormide mõistes ning haldusorganiks kvalifitseerumisel on määrav ülesannete sisu, mitte isiku õiguslik vorm.⁶⁴ Seda on kinnitanud ka Riigikohtu halduskolleegium oma otsuses, milles pidas võrgustikusektori hankijat AS-i Eesti Raudtee hangete kaudu ettevõtluses osalevaks juriidiliseks isikuks, mitte haldusülesandeid täitvaks haldusorganiks.⁶⁵ Haldusõigusnormide kohaldumise küsimust on Riigikohus analüüsinud määruses 3-17-1329. Riigikohus esitas oma seisukohas autori hinnangul väga ammendavalt, et HKTS § 3 lg 4 järgi võib haldusorgan sõlmida eraõigusliku lepingu haldusülesande täitmiseks, kui vastavat õiguslikku vormi pole eriseaduses ette nähtud ning lepingut on vaja ülesande täitmiseks.⁶⁶ Siin ongi oluline eristada, et näiteks avaliku bussiveo teenindamise lepingu sõlmimine on haldusülesande täitmine, aga hankemenetluseks vajalike volituste ja vastutuse üleandmine (mis on koostöölepingu sisuks) lepingus ei ole haldusülesande täitmine. Hankemenetlus on (kohustuslik) vahend, kuidas täita avalikku ülesannet, aga hankemenetluse korraldamine ei ole ülesanne iseenesest.

Sel põhjusel saab järeldada, et HMS ega HKTS ei kohaldu haldusorganitest hankijate vahelisele koostöölepingule *per se* ning see ei ole haldusülesande täitmiseks mõeldud tsiviilõiguslikuks lepinguks, vaid tavapäraseks eraõiguslikuks tehinguks. Sellist käsitlust toetavad direktiivi

⁶² Parrest, N., Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn 2003. Arvutivõrgus: <https://www.digar.ee/arhiiv/et/download/22628> (23.03.2020), lk 25.

⁶³ RKHKo 3-3-1-72-13, p 12.

⁶⁴ HMS § 8 lg 1 selgitab, et haldusorgan on seadusega, selle alusel antud määrusega või halduslepinguga avaliku halduse ülesandeid täitma volitatud asutus, kogu või isik. – Pallo, E. Alltöövõtja avalduse alusel peatöövõtjale lepingulise maksete peatamine – õiguslik olemus ehitustööde hankel lepingus. Magistr töö. Juhendaja dr. iur Mari Ann Simovart. Tallinn: Tartu Ülikool 2018, lk 18.

⁶⁵ RKHKo 3-3-1-65-16, p 16. – Pallo, E. (viide 64), lk 18.

⁶⁶ RKHKm 3-17-1329, p 10-11.

eesmärk ja riigihankeõiguse üldpõhimõtted. Praktikast saab tuua näite Eesti Vabariigi Sotsiaalministeeriumi, Leedu Vabariigi Tervishoiuministeeriumi ja Läti Vabariigi Tervishoiuministeeriumi vahelisest partnerluslepingust ravimite ja meditsiiniseadmete ühiste hangete ning kesksete hangete kaudu soetatavate ravimite ja meditsiiniseadmete laenutamise kohta⁶⁷ (edaspidi lepingule viidates nimetatud kui meditsiinialane koostööleping), mille sõlmimisel ametkonnad lisaprotseduure või haldusmenetlust läbi ei viinud. Eesti Välisministeeriumilt saadi juhis, et tegemist on ametkondliku lepinguga ning täiendavaid Vabariigi Valitsuse poolseid protseduure ei olnud vajalik läbida.⁶⁸ Sellest võib järeldada, et ka haldusorganid ise ei pea vajalikuks HMS-i regulatsiooni järgimist sellise koostöö puhul.

Alternatiivselt võib kohtupraktika põhjal argumenteerida, et tegemist on halduseeskirjaga. Nii on Riigikohus haldusorganite vahelist koostöölepingut võrrelnud halduseeskirjaga, näiteks asjas, kus lepingu sõlmisid Maanteeamet ja Maksu- ja Tolliamet eesmärgiga luua üldine raamistik koostööks (konkreetses kaasuses ametiabi⁶⁹ andmiseks): sätestati ametiabi andmise juhtumite üldkirjeldus, toimingute sisu ja ametiabi andvad isikud. Küll aga ei ole vajalik, et halduseeskirjaks kvalifitseerumisel peavad ametiabi eeldused täidetud olema.⁷⁰ Halduseeskirja olemuse kohta on Riigikohus selgitanud, et tegemist on haldusele enesele suunatud haldussiseste aktidega, mis võivad, kuid ei pea omama kolmandatele isikutele mõju. Kui omavad, siis seda vaid eeskirja kohaldamisel. Selliste halduseeskirjade vastu võtmise kohta on Riigikohus täiendavalt selgitanud, et vajalik on volitusnormi olemasolu. Ühiselt hankimise korral luuakse sarnaselt halduseeskirjale n-ö reeglistik, millest juhindudes projekti läbi viiakse. Sisu poolest on need koostöölepingud samuti üldtingimusteks ning täiendavad tingimused koostöö kohta selguvad nende tingimuste alusel – näiteks sätestatakse formaalsed eeldused RHAD ühiseks koostamiseks. Nii võiks jõuda järeldusele, et haldusorganina avaliku sektori hankijate vaheliste koostöölepingute sõlmimise volitusnorm tuleneb otse RHS-ist (Eesti hankijale) ning selle sisu vastab halduseeskirjale. Jõudes sellisele järeldusele, ei ole vähetähtis, et halduseeskirja muutmisel tuleb lähtuda haldusakti kohta sätestatust ehk kohaldada tuleb HMS-i.⁷¹

⁶⁷ Eesti Vabariigi Sotsiaalministeeriumi, Leedu Vabariigi Tervishoiuministeeriumi ja Läti Vabariigi Tervishoiuministeeriumi vaheline partnerlusleping ravimite ja meditsiiniseadmete ühiste hangete ning kesksete hangete kaudu soetatavate ravimite ja meditsiiniseadmete laenutamise kohta. (Koostöölepingu koopia töö autori valduses. Edastatud töö autorile Haigekassa esindaja poolt e-kirja teel 14.01.2020)

⁶⁸ Haigekassa esindaja kirjalik informatsioon e-kirja teel 20.04.2020 (vt käesoleva töö lisa 1).

⁶⁹ Ametiabi on HKTS § 17 lg 1 järgi olukord, kus haldusorgan annab HKTS-i sätestatud alustel ja korras akti või sooritab toimingu oma pädevuse piires teise haldusorgani taotlusel selle haldusorgani ülesande täitmise toetamiseks.

⁷⁰ RKHKo 3-16-586, p 16.

⁷¹ RKHKo 3-3-1-72-13, p 14-16.

Nagu selgub, ei ole Eesti õigusruumis võimalik koostöölepingu kvalifikatsiooni osas esitada ammendavat seisukohta. Töö autor peab seda puuduseks, mille osas seadusandja peaks andma selge suunise. Alternatiivselt on kvalifikatsiooni küsimus tõlgendatav kohtu poolt. Jõudes järeldusele, et koostööleping ise on alati eraõiguslik leping, on see oma eesmärkide tõttu Eesti õiguse alusel kvalifitseeritav võlaõiguslikuks seltsingulepinguks, alternatiivselt ka käsunduslepinguks.

Võlaõigusseaduse⁷² (edaspidi VÕS) § 580 lg 1 järgi on seltsing olukord, kus kaks või enam isikut (seltsinglased) kohustuvad tegutsema ühise eesmärgi saavutamiseks, aidates sellele kaasa lepinguga määratud viisil, eelkõige panuste tegemisega. Seltsinglastel on omavahelistes suhetes küllaltki suur dispositiivsus – seltsingulepinguga saab seltsingu juhtimise üle anda vastavat ainuotsustuspädevust vajavale hankijale. Dispositiivsust ohustab vaid hea usu põhimõte ning mõned imperatiivse iseloomuga sätted.⁷³ Õiguskirjandus selgitab, et käsundussuhe seltsinglaste vahel tekib vastavast lepingust, kuid käsunduslepingu võlaõiguslikud normid on seltsingu puhul vaid pigem subsidiaarsed.⁷⁴

Seega võib teha järelduse, et volitusnorm kõikidele hankijatele tuleneb RHS-ist, kuna vastasel juhul ei täidaks RHS-i regulatsioon direktiivi eesmärgi ega ka soodustaks aluspõhimõtete järgimist. Suurema koostööpraktika loomiseks peab autor vajalikuks normide riigisisest ühtlustamist küsimuses, kuidas eri liikmesriikidest pärit hankijate koostöölepingut riigisiselt kvalifitseerida ja reguleerida. Käesolevas töös eeldab töö autor, et tegemist on eraõigusliku lepinguga.

1.3 Koostöölepingu sõlmimise nõue

Eelmises peatükis avas autor ka teisi direktiivis toodud koostöövõimalusi, näiteks artiklis 12 reguleeritud sisetehing. Valikuvõimaluste paljususe tõttu peab töö autor vajalikuks rõhutada, et hankijatel tuleb enne konkreetse koostöölepingu juurde jõudmist kaaluda ka teisi riigihankeõiguses toodud alternatiive: näiteks olukorras, kus hankijad soovivad teha koostööd teenuste ühisel tellimisel, kuid nimetatud teenust saab osutada ühe hankija allüksus, võib

⁷² Võlaõigusseadus. - RT I, 08.01.2020, 10.

⁷³ Näiteks, Varul. P., *et al* (koost). VÕS § 583/4, § 584/4. - Võlaõigusseadus II. Komm vlj. Tallinn: Juura 2007.

⁷⁴ Varul. P., *et al* (koost), VÕS § 583/3.5.

tegemist olla näiteks hankijate vahelise horisontaalse koostööga⁷⁵, mis ei näe ette eraldiseisvat koostöölepingut, vaid tegemist on n-ö üheetapilise koostööga ehk lepinguga, mille suhtes direktiivi ei kohaldata. Töö autor möönab, et piiriülese sisetehingu või hankijate vahelise koostöö erandi võimalust võib praktikas esineda harva, sest hankijad on eri jurisdiktsioonidest ja üldiselt täielikult eraldiseisvad.

Kui pooled leiavad, et koostöövorm on ikkagi direktiivi artikli 39 lg-s 4 toodu, siis direktiiv näeb koostöölepingu sõlmimiseks ette eelduse, et koostöölepingu sisu ei ole reguleeritud juba koostööd tegevate liikmesriikide vahelise rahvusvahelise lepinguga. Ka õiguskirjanduses on selgitatud, et juhul, kui kahe- või mitmepoolselt on sõlmitud riikidevaheline kokkulepe, seob see hankijaid niivõrd, kuivõrd on lepingus endas kokku lepitud.⁷⁶ Üleeuroopalises praktikas on olemas rahvusvahelisi lepinguid, mis koostööprojektide elluviimist on käsitlenud – näiteks Saksamaa ja Taani vahele veealuse tunneli⁷⁷ (*Fehmarn Belt*) rajamiseks.⁷⁸ Samas tuleb mõnda, et rahvusvaheliste lepingute alusel korraldatud ühishankeid ei ole praktikas palju.

Seega, enim piiriüleseid ühishankeid tehakse siiski hankijate igakordse koostöö alusel, kasutades erinevaid konsolideeritud hangete viise. Koostöölepingu alusel piiriülene ühishankimine nõuab koostöölepingut ka lihthankemenetlusega läbi viidavates hangetes kui ka lihthanke piirmäära ületavate hangete puhul.

Lihthankemenetlusega riigihanked on Eesti hankijate seas on enim kasutatav menetlusviis⁷⁹ – 2018. a alustatud hankemenetlustest 45% olid lihthankemenetlused – ning seega vajavad ka väiksema eeldatava maksumusega piiriülesed projektid käsitlemist.⁸⁰ Arvestades, et RHS 1.

⁷⁵ RHS § 12 lg 7 on ette nähtud võimalus, kus hankijad ei pea riigihanke menetlust korraldama, sest kasutatakse teineteise ressursse järgmistel tingimustel: lepingu sõlmivad vaid avaliku sektori hankijad; lepingu abil täidetakse poolte avalike ülesandeid ühiste eesmärkide saavutamiseks; koostöö tegemisel juhendatakse üksnes avalikust huvist; koostööga hõlmatud tegevusest võib avatud turul toimuda vähem kui 20%. - Ginter, C., Pilving, I. RHS § 12/29.

⁷⁶ Varul, P., et al. Tsiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura 2012, lk 34.

⁷⁷ Tegemist on infrastruktuuri rajamise projektiga, mis soodustab riikidevahelist kiiremat ja mugavamat transpordiühendust ning elimineerib n-ö pudelikaela efekti. Arvutivõrgus: <https://femern.com/en/Benefits/Cross-border-cooperation> (17.02.2020).

⁷⁸ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), p 512.

⁷⁹ Vastavalt RHS § 14 lg-le 1 on lihthankemenetluses piirmäärad asjade või teenuste hankelepingu korral 30 000 eurot, ehitustööde hankelepingu, teenuste kontsessioonilepingu, kaitse- ja julgeolekuvaldkonna asjade või teenuste, välja arvatud lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankelepingu, ning võrgustikusektori hankija sõlmitava asjade või teenuste hankelepingu korral 60 000 eurot, kaitse- ja julgeolekuvaldkonna ehitustööde hankelepingu ning võrgustikusektori hankija sõlmitava ehitustööde hankelepingu korral 300 000 eurot.

⁸⁰ Rahandusministeerium. Riigihangete valdkonna 2018. aasta statistiline kokkuvõte. Tallinn: Rahandusministeerium, 2019. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/2018_esmane_riigihangete_statistika_1_uhikokkuvote.pdf?download=1 (01.03.2020), lk 5.

ptk, milles § 44 asub, kohaldub RHS-i üleselt ehk arvestamata näiteks riigihanke eeldatavat maksumust⁸¹, on koostöölepingu regulatsioon kohaldatav ka lihthankemenetlusele. Selle regulatsiooni kohaldumine lihthankemenetlustele on vajalik hankijatele maksimaalse paindlikkuse loomiseks ehk siis ka madalamate maksumustega hangete puhul on hankijatel olemas volitusnorm koostöölepingu sõlmimiseks ning kohalduva õiguse ja vastutuse omavaheliseks reguleerimiseks. Nagu peatükis 1.2 selgitatud, siis Eestis kehtiva seadusandluse järgi ei ole võimalik kindlalt määratleda sellise koostöölepingu õiguslikku kvalifikatsiooni, sh ka võimalikke kohustuslikke eeldusi haldusorganitele. Sealjuures on oluline, et Eesti riigisisene õigus on piiriüleste ühishangete läbiviimise võimalusi (ja volitusi) kõigile hangetele avanud, vastupidiselt direktiivile, mis reguleerib vaid rahvusvahelist piirmäära ületavaid hankeid. Ühe näitena saab tuua Elering AS-i lihthankemenetlusena läbi viidud riigihanked IT-platvormi tehnilise kirjelduse koostamiseks ning hiljem ka arendaja leidmiseks. Mõlemad lihthankemenetlused viidi läbi piiriülese ühishankena. Neist esimene koos Baltikumi ja Soome ettevõtetega AB Amber Grid, AS Conexus Baltic Grid, Baltic Connector OY ja Gasum OY ning teine Läti ettevõttega AS Conexus Baltic Grid.⁸² Töö autor märgib selgitusena, et avalike andmekogude, näiteks riigihangete registri otsingu alusel ei ole võimalik välja selgitada piiriüleste ühishangete läbiviijaid, vaid register esitab vasteid ühishangete osas, kuhu on sisse lülitatud ka riigisisesed ühishanked.⁸³

Direktiivi artikkel 39 lg 4 näeb ette, et koostöölepinguga teostatava piiriülese ühishanke jaoks tuleb kokku leppida poolte vastutusvaldkonnad ja asjakohased kohaldatavad riigisisesed sätted, hankemenetluse sisemine korraldus, sh menetluse haldamine, hangitavate ehitustööde, asjade või teenuste jaotamine ning lepingute sõlmimine. Riigisisesed õiguses on direktiivis sätestatu RHS § 44 lg 4 näol üle võetud, reguleerides, et EL-i eri liikmesriigi hankijad võivad kokku leppida riigihangete ühises korraldamises, sõlmides omavahelise koostöö aluseks oleva lepingu, milles määratakse kindlaks vastutuse jagunemine hankijate vahel ja sellest tulenev

⁸¹ Roosik E.-A., Pallo, E. RHS § 29/8. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

⁸² Vastavalt riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (02.03.2020) ning Elering AS “Common IT platform development for gas transmission and balancing services” (viitenumber 205715), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1552600/general-info> (02.03.2020). Selgitusena märgib töö autor, et autori valduses on nimetatud lihthankemenetluste alusdokumendid, sh hankijate vahelised koostöölepingud.

⁸³ Näiteks 2018. a avaldatud 473 hanget, milles oli märgitud, et tegemist on ühishankega, 2019. a oli vastav arv 433. Sel põhjusel ei pea töö autor otstarbekaks registri tulemuste (sh hanketeate) detailsemat vaatlemist, millest selguks ka teine hankija (ning fakt, kas tegemist on piiriülese ühishankega) ning kogutud andmete detailsemat analüüsi. Töö autor esitas info saamiseks päringud Eesti suurimatele hankijatele ning nende vastused on toodud käesoleva töö lisas 1.

kohaldatav liikmesriigi õigus, mis tuleb avaldada RHAD-s, ja riigihanke korraldamise korralduslikud üksikasjad.

On vähetõenäoline, et hankijad mastaapseid piiriüleseid projekte ilma mingi kokkuleppeta läbi viiksid. Isegi juhul, kui sellist formaalset allkirjastatud kokkulepet ei oleks, võivad eelmises lõigus vajalikud koostöö alused olla edastatud ja kinnitatud e-posti vahendusel. Kuna käesolevas töös eeldatakse koostöölepingu tsiviilõiguslikkust, siis loetakse Eesti õiguse alusel leping sõlmituks, kui tahteavaldus on teisele poolele edastatud. RHS ei näe ette kohustuslikku vorminõuet sellisele koostöölepingule.⁸⁴ Asutuse esindaja, kes selliseid kinnitusi esitab, peab olema veendunud sellise lepingu sõlmimise lubatavuses ning näiteks asutuse sisekordade järgi hankima vajalikud asutusesisesed nõusolekud või volitused. Näiteks Tallinna Tehnikaülikooli seadus⁸⁵ reguleerib, et rektor juhib ülikooli igapäevast tegevust, esindades ülikooli suhetes teiste isikutega ning annab oma pädevuse piires käskkirju ja korraldusi.⁸⁶ Eraõiguslikest juriidilistest isikutest hankijate puhul võivad vastavad volitusnormid tulla põhikirjast.⁸⁷

Kuigi lepingu puudumine võib praktikas esineda, on koostöölepingu sõlmimise nõude üheks eesmärgiks ikkagi õiguslike riskide maandamine. Eri liikmesriikide hankijad saavutavad ühiselt hankides küll palju positiivset (säästuefekt eri tasanditel)⁸⁸, aga sealjuures võtavad ülesannete delegerimisega märkimisväärsed riske, näiteks konkurentsi ja läbipaistvuse nõuete tagamise, aga ka hankemenetluses võimalike vaidlustuse esinemise ja hankelepingu täitmise osas. Kuna ülesandeid täidab tavaliselt peaaesjalikult üks volitatud hankija, ei tohi pidada kokkulepet ja selles reguleeritud vastutuse printsiipe tähtsusetuks.⁸⁹

Lisaks juhib autor tähelepanu asjaolule, et hankijate koostöövõimalus ei lubatud selleks, et vältida kohustuslikke avaliku õiguse sätteid.⁹⁰ Selle kohta on õigusteadlane Sàanches-Graells avaldanud hoiatuse, et tegemist on hankija enda otsustusega ning eeldusel, et hankija soovib koostööd alustada, võivad esitatud põhjendused olla ka fabritseeritud, ebaõiged või puudulikud.

⁸⁴ Tsiviilseadustiku üldosa seadus, § 67 lg 2 ja § 68 lg 1. – RT I, 06.12.2018, 3.

⁸⁵ Tallinna Tehnikaülikooli seadus. – RT I, 19.03.2019, 90.

⁸⁶ Tallinna Tehnikaülikooli seadus § 6 lg 3 ja 4.

⁸⁷ Näiteks Elering AS-i põhikirja ptk 6.5 ja 7. Arvutivõrgus: https://elering.ee/sites/default/files/2020-01/Elering%20AS%20p%C3%B5hikiri_2017%20juuni.pdf (28.04.2020).

⁸⁸ Näiteks RB Rail AS esindaja on e-posti teel 28.04.2020 esitanud järgmise loetelu positiivsete mõjude kohta: Konsolideerimine, mastaabiefekt, riskide maandamine, avaliku raha otstarbekaim kasutus pikemas perspektiivis, konkurentsi tugevdamine ja riigiülese ettevõtluse jätkusuutlikkuse arendamine läbi hankija tegevuse, tagades edaspidi paremate pakkumuste ja konkurentsi võimalused (vt käesoleva töö lisa 1).

⁸⁹ Racca, G. M., Yukins, C. (viide 48), p 17.

⁹⁰ Direktiivi artikkel 39 lg 1 ning riigisisese analoogi RHS § 44 lg 2 regulatsioon: hankijatel ei ole lubatud kasutada riigihangete konsolideerimise võimalusi eesmärgil, et vältida kohustuslike riigisiseste sätete kohaldamist. Direktiiv konkretiseerib “avaliku õiguse” sätteid, kuid RHS on laiem “liikmesriigi õigusest tulenevate sätete”.

Tegemist on suure ohuga koostöös, kuna see seab kahtluse alla hankemenetluses tehtud otsuste siduvuse ning võib kaasa tuua potentsiaalse vastutuse rikkunud hankijale. Nõudeõigust võivad omada nii partnerid kui ka hankes osalenud ettevõtjad.⁹¹ Koos Herrera Anchusteguiga avaldatud artiklis tuuakse keelu-printsiiobile vastukaaluks konkurentsi soodustamise vajadus ehk direktiivi artiklis 18 toodud riigihangete üldpõhimõtete edukas rakendamine kaalub proportsionaalsuse testi kaudu üles võimaluse, et hankijad keeldu eirates hankemenetlusi korraldavad.⁹²

1.4 Hankijate vahelise vastutuse reguleerimise olulisus ning mõju poolte koostööle

RHS § 44 lg 4 sõnastusest tuleneb, et kohaldatav liikmesriigi õigus on sõltuvuses vastutuse jagunemisest hankijate vahel.⁹³ Tegemist on direktiivi eestikeelse versiooni artikli 39 lg 4 viimase lause ülevõtmisega.⁹⁴ Märkimisväärne on, et direktiivi inglise ja saksa keelses versioonis sellist sõltuvusviidet ei ole.⁹⁵ Autor on seisukohal, et ebaõige tõlke ülevõtmine on viinud seadusandja eksiteele. Vastutust on võimalik reguleerida omavahelise kokkuleppega, kuid see on alati sõltuvuses kokkuleppele kohaldatava õigusega, mis tähendab, et õigusaktide imperatiivsed sätted võivad omada mõju kokkuleppe vastutuse klauslitele (vastavalt siis muuta tühiseks, neid täiendada vms). Ehk siis kokkuleppele kui tsiviilõiguslikule lepingule kohalduv õigus võib määrata ka vastutuse piirangud tulenevalt vastava riigi võlaõiguslike lepingute imperatiivsetest sätetest. Töö autor märgib, et tõenäoliselt on RHS-i sätte mõte olnud, et hankijad lepivad kokku, kuidas ja kes viib läbi hankemenetlust ning hankemenetlusele kohalduv õigus on kohustuslik määrata vastavalt sellele, kes hankemenetluse eest vastutab. Sel põhjusel järeldab autor, et RHS-i sõnastus on puudulik. Hankemenetlusele kohalduva õiguse detailsem analüüs on esitatud töö 2. peatükis, milles muuhulgas selgitatakse ka normides esinevat viga detailsemalt. Käesoleva magistritöö autor lähtub direktiivi inglise keelsest sõnastusest, seega analüüsib teemat ilma sõltuvusviiteta.⁹⁶

⁹¹ Sàanches-Graells, A. (viide 9), p 22-23.

⁹² Sàanches-Graells, A, Herrera Anchustegui, I. (viide 31), p 18.

⁹³ Vastav sõnastus RHS-is: „/.../ määratakse kindlaks vastutuse jagunemine hankijate vahel ja sellest tulenev kohaldatav liikmesriigi õigus /.../“.

⁹⁴ Vastav sõnastus direktiivi eestikeelses versioonis: „/.../ Vastutuse jaotust ja sellest tulenevalt kohaldatavat riigisisest õigust mainitakse ühiselt sõlmitud riigihankelepingute hankedokumentides.“

⁹⁵ Vastav sõnastus direktiivi ingliskeelses versioonis: „/.../ *The allocation of responsibilities and the applicable national law shall be referred to in the procurement documents for jointly awarded public contracts.*“

⁹⁶ Euroopa kohus on kinnitanud, et EL-i õigust tuleb kohaldada ühetaoliselt ning tõlgendada lähtuvalt akti tegelikust tahtest, kõiki keeleversioone arvesse võttes. – EKo C-445/09, *IMC Securities BV vs Stichting Autoriteit Financiële Markten*, eelotsusetaotlus, p 25.

Oluline on, et õiguskeeles ja käesoleva töö kontekstis võib sõna „vastutus“ jagada kaheks: vastutus ülesannete (RHAD koostamine, hankemenetluse läbiviimine jne) täitmise osas ning vastutus koostöölepingu rikkumise eest (õiguses aktsepteeritud vastutusstandardid). Viimase puhul on paslik selgitada, et sellises tsiviilõiguslikus lepingus saavad pooled ise vastutusstandardi sätestada. Eesti õiguse järgi võib vastutust reguleerida näiteks vääramatu jõu kontseptsioon või süülise vastutuse kontseptsioon, seda saab ka piirata VÕS § 106 alusel.⁹⁷

Piiriüleste projektide elluviimine võib olla keerukas protsess. Selleks, et tööd ja protseduure lihtsustada, peab poolte vahel tekkima usalduslik suhe.⁹⁸ See on eelkõige aluseks sellele, et hankemenetluse eest vastutav partner ei tekita huvide konflikti olukordi või ebavõrdset kohtlemist, kui viimane hankemenetlust ette valmistab või esitatud pakkumusi volituse alusel iseseisvalt kontrollib ja hindab. Fakt on, et hankemenetluse läbiviimise teisele hankijale delegerimisega väheneb hankija enda autonoomsus ehk õigus otsustada ainult enda tahtest lähtuvalt.⁹⁹ Näide autonoomsuse vähenemisest on ka see, et tehniline dokumentatsioon koostada ühiselt mõistetavas (näiteks inglise) keeles, kuid muu RHAD, mis on edukaks menetluseks vajalik (näiteks juhised/formaalsed nõuded pakkumuse koostamiseks), koostatakse hankemenetlust juhtiva hankija riigikeeles. Euroopa Kohtu poolt on korduvalt rõhutatud, et RHAD peab olema täpne, selges keeles ning kõigil ettevõtjatel on võimalik tingimustest ühte moodi aru saada.¹⁰⁰ Keelenõuete dereguleerimist piiriülestes projektides on vajalikuks pidanud RB Rail AS-i esindaja, kuna hankimine peab olema praktiline ja sisuline.¹⁰¹ Samuti võivad hankijad otsustada, et pakkumused tuleb esitada vaid ühes (juhtiva hankija) keeles, mida teised partnerid ei mõista. See tähendab, et juhtival hankijal on täielik pädevus, aga ka vastutus pakkumuste kontrolli ees ning teised hankijad peavad juhtivhankija otsuseid usaldama.

⁹⁷ Kõve, V. VÕS § 103/1, 3. - Võlaõigusseadus I. Komm vlj. 2. vlj. Tallinn: Juura 2016.

⁹⁸ Kama, P. Usaldus kui õiguslikku kaitset vääriv fenomen. *Juridica VIII/2016*, lk 556.

⁹⁹ Sàanches-Graells, A, Herrera Anchustegui, I. (viide 31), pp 8-9, 13. – Viidatud Karindi-Kask, RHS § 42/5.

¹⁰⁰ EKo C-299/08, *Euroopa Komisjon vs Prantsusmaa*, hagi, p 41; EKo C-340/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Prantsusmaa*, hagi, p 34.

¹⁰¹ RB Rail AS esindaja on e-posti teel 28.04.2020 kirjeldanud: „Projekti läbiviimise keeleks on riikidevahelises kokkuleppes sätestatud inglise keel. Hanked on enamjaolt rahvusvahelised. Seetõttu RHAD koostamine kohalikus keeles või kohaliku keelde tõlkimine ei oma tihti peale mingit praktilist väärtust, vaid lisab aega ja kulu. Piiriüleste hangete puhul ja üldisemalt piiriüleste projektidega seotud hangete puhul peaks olema täiendav paindlikkus sellistes küsimustes.” (vt käesoleva töö lisa 1).

Eeltoodud käsitluse põhjal võib praktikas eristada kahte ühishanke vormi:

- 1) Detsentraliseeritud – iga hankija osaleb aktiivselt piiriülese ühishanke ettevalmistamises, läbiviimises ja hankelepingu täitmises. Meetod sobib (koostöö)kogemuse puudumise või keeruliste hankeobjektide puhul.
- 2) Tsentraliseeritud – juhtivhankijale antakse koostöölepinguga täielik pädevus hankemenetlust läbi viia. Meetod sobib pikaajalist ja usalduslikku koostöösuhet omavatele partneritele (näiteks Baltikumi põhivõrguettevõtjad, vt ptk 1.5) või juhul, kui hankijaid on väga palju, hankeobjekt on standardiseeritud.¹⁰² Töö autor märgib, et olenemata lepingu tsentraliseerituse astmest võib hankijatel olla organisatsiooni sisene kohustus hankemenetluses tehtavad otsused kõigil hankijatel seaduslikuks muuta, näiteks saada vajalik juhatuse otsus.¹⁰³

Selle loetelu alusel võib järeldada, et koostöölepingu kõige tähtsamaks elemendiks on piiriülese ühishanke jaoks hankemenetluse korraldamise üksikasjad ning selle osas pädevuse ja vastutuse efektiivne jagamine.

Näiteks Elering AS-i gaasitaristu rajamise projekti “Balticconnector”¹⁰⁴ raames Soome ettevõtte Baltic Connector Oy-ga (edaspidi projektile viidates nimetatud kui Balticconnectori projekt) moodustati koostöölepingu alusel juhtgrupp (*Steering Group*), mis oli projekti läbiviimise küsimustes olulisim ja kõrgeim otsustusorgan. Juhtgruppi kuulusid võrdselt mõlema poole esindajad. Juhtgrupi pädevuses oli muuhulgas kinnitada nii hankestrateegia, RHAD kui ka hankemenetluse tulemused. See tähendab, et kõik osapooled kannavad ühist vastutust. Näiteks juhul, kui hankemenetluses tehtud otsuse tõttu mõistetakse hankijalt välja kahjutasu või vaidlustaja menetluskulud vms, siis koostöölepingu kohaselt kannavad nad juhtgrupi-printsibist tulenevalt ühist vastutust, kui pole võimalik rikkumise põhjustajat tuvastada.¹⁰⁵

¹⁰² European Commission. Joint Procurement. Fact sheet (European Commission Green Public Procurement (GPP) Training Toolkit - Module 1: Managing GPP Implementation), 2008. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/module1_factsheet_joint_procurement.pdf (05.04.2020), p 8.

¹⁰³ Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (03.04.2020). Koostöölepingu koopia on töö autori valduses.

¹⁰⁴ Eesti ja Soome maagaasi ülekandevõrgu operaatorite Elering AS ja Baltic Connector Oy ehitatud maagaasitoru Balticconnector Eesti ja Soome gaasi ülekandevõrkude ühendamiseks. Arvutivõrgus: <https://elering.ee/balticconnector> (17.02.2020).

¹⁰⁵ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Töö autorile on antud lepinguosaliste nõusolek töö teemaga seonduvate koostöölepingu punktide analüüsimiseks käesolevas töös.

Sellise juhtgrupi (lepingus nimetatud kui töörühm) moodustamist näeb ette ka Sotsiaalministeeriumi meditsiinalane koostööleping ravimite ja meditsiiniseadmete ühiste hangete korraldamise kohta. Töörühma kuuluvad poolte esindajad ning selle töökorraldus lepatakse kokku eraldiseisvalt. Töörühmas otsustatakse hangete korraldamine üldiselt, aga konkreetset ka juhtivhankija ning sellele järgneb juhtivhankija vedamisel hankekomisjoni moodustamine. Oluline on rõhutada, et meditsiinalane koostööleping on vaid üldine raamleping ning kõik otsused tehakse töörühmas või hankekomisjoni poolt. See tähendab ka seda, et osapooled ei pea töörühmas otsustatud hangetel hankijatena osalema. Juhtivpartner on pädev hankekomisjoni moodustamiseks ning iga osalev partner vastutab endale võetud kohustuste täitmise eest. See tähendab, et ühist vastutust meditsiinalase koostöölepingu alusel pole ette nähtud. See on muidugi loogiliselt selgitatav, sest hankemenetluse lõpuks sõlmib iga hankija raamlepingu alusel (mille allkirjastavad kõik hankijad) eraldiseisva hankelepingu tarnijaga ning teised hankijad sellesse lepingulisse suhtesse ei sisene. Meditsiinalases koostöölepingus on võlaõiguslik vastutus reguleeritud järgmiselt: „Partner, kes loobub ühises hankes osalemisest hankemenetluse ajal või rikub muul viisil käesoleva partnerluslepingu või raamlepingu sätteid, hüvitab teistele partneritele neile selle rikkumise tõttu tekitatud otsese kahju.“ Märkimist väärib, et meditsiinalane koostööleping näeb väga konkreetset ette ka tulevikus sõlmitava raamlepingu rikkumise vastutuse printsiibi hankijatevahelises suhtes.¹⁰⁶

Juhtgrupi (hankekomisjoni) loomist reguleerib ka Aktsiaseltsi Eesti Raudtee koostööleping raudteevõrgu arendamiseks Eestis ja Lätis koostöös Läti partneriga. Autor märgib, et koostöölepingu puhul on tegemist detailselt reguleeritud poolte vahelise koostööga.¹⁰⁷

Eeltoodud projektide projektihalduse printsiibid näitavad selgelt, kui oluliseks peavad hankijad enese aktiivset kaasatust RHAD koostamisel. Selleks, et hankelepingu täitmine kulgeks kõigile osapooletele edukalt ehk tarnitakse või ehitatakse täpselt see, mida iga hankija vajab, on vajalik iga hankija individuaalne panus täpse tehnilise kirjelduse koostamiseks.¹⁰⁸ On kõigi osapoolte huvides, et tehnilise kirjelduse koostamise vastutust ei saa jätta pelgalt ühele hankijale. Vajalik on ette näha kontrolli- või kinnitusmehhanism, nagu eeltoodud koostöölepingutes, et tagada igale hankijale vajalik objekt või teenus.

¹⁰⁶ Vastav sõnastus: „/.../ rikub muul viisil käesoleva partnerluslepingu või raamlepingu sätteid, /.../“. Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Vt Haigekassa esindaja vastust töö lisas 1.

¹⁰⁷ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Töö autorile on antud konfidentsiaalsuskokkuleppe alusel lepinguosaliste nõusolek töö teemaga seonduvate koostöölepingu punktide analüüsimiseks käesolevas töös.

¹⁰⁸ Valcarcel Fernandez, P. (viide 8), p 37.

Vastutuse teise komponendi reguleerimine – lepinguline vastutus enesele võetud kohustuste ees – võib tugevalt mõjutada koostööpartnerite omavahelisi suhteid. Pooled võivad otsustada, et neil lasuvad kõikide koostöölepingust tulenevate kohustuste ees solidaarne vastutus. Kusjuures on solidaarvastutus iseloomulik vaid tsiviilõiguslikes suhetes.¹⁰⁹ Selline lähenemine võib olla aktsepteeritud juhul, kui kõigil hankijatel on kõikide etappide (hankemenetluse ettevalmistamine, läbiviimine, hankelepingu sõlmimine jne) osas ühine roll kanda. Muudel juhtudel ei näe töö autor solidaarset vastutust koostöölepingutes otstarbekaks – poolte huvides on, et iga osapool vastutaks teiste ees nendes osades, mida ta iseseisvalt läbi viis. Nii on Elering AS Baltikumi partneritega sõlminud koostöölepingud põhimõttega, et iga osapool omab täielikku vastutust enesele võetud kohustuste ees ning ühist ega solidaarset vastutust lepingud ette ei näe.¹¹⁰ Nii võivad hankijate vahel võimalikud olla regressinõuded koostöölepingu alusel.¹¹¹ Seda näiteks juhul kui hankemenetluse ees vastutanud hankija suhtes esitatud kahjunõue rahuldatakse, kuid kahjunõude aluseks oli ebaõigelt koostatud teise hankija vastutusalas olev tehniline kirjeldus, siis koostöölepingu sätted võivad olla aluseks regressinõudele. Töö autor mõonab, et ühest küljest on vastutuse jagamine omavahelises suhtes lubatud, kuid vaidlustusmenetluses võib kõigil hankijatel menetluses tehtud otsuste eest vastutus lasuda. Seda probleemi selgitab töö autor ptk-is 2.2. Autor peab pooltevahelise vastutuse juures äärmiselt vajalikuks ka protseduuri, kuidas koostööst tulenevaid vastutusega seotud vaidlusi lahendatakse. Selleks on koostöölepingus vaja selgelt reguleerida kohtualluvus või arbitraazikohtus vaidlemise üksikasjad.

1.5 Koostöölepingule kohalduva õiguse mõju hankijate tegevusele

Töö autor mõonab, et direktiivi artikli 39 lg-st 4 ja vastavast riigisisisest sättest ei selgu sõnaselgelt, kas kohalduv õigus, mida hankijad peavad kokku leppima ja ka avalikustama, käib koostöölepingu või hankemenetluse kohta. Õiguskirjanduses on valdavalt asutud seisukohale, et direktiivi artikkel 39 lg 4 näeb kohustuslikus korras ette hankemenetlusele kohalduva õiguse valiku ning see on piiratud hankijate ringiga. See tähendab, et kui ühiselt hangivad Eesti ja Läti hankijad, siis hankemenetlusele kohalduvat õigust saab valida vaid Eesti ja Läti

¹⁰⁹ Karindi-Kask, RHS § 43/6.

¹¹⁰ Koostöölepingute koopiad on töö autori valduses. Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (01.04.2020) ning Elering AS “Common IT platform development for gas transmission and balancing services” (viitenumber 205715), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1552600/general-info> (01.04.2020).

¹¹¹ Karindi-Kask, RHS § 43/8.

riigihankeõiguse vahel. Selline seisukoht on esitatud direktiivi kommenteeritud väljaandes Risvig Hameri poolt, kes viitab direktiivi kohalduva õiguse valiku juures ainult kohalduvale riigihankeõigusele, jättes kõrvale fakti, et ka hankijate vahel peab olema koostööleping ning sellele kohalduv õigus.¹¹² Sama seisukohta jagab Karindi-Kask RHS-i kommenteeritud väljaandes, tuginedes Risvig Hameri seisukohale.¹¹³ Töö autor nõustub selle seisukohaga ning täpsemad põhjendused on esitatud töö peatükis 2.1. Küll aga esitab autor käesolevas peatükis, miks on koostöölepingule kohalduva õiguse valik piiriülese ühishanke vältimatu eeldus ja milliseks võib osutuda selle mõju.

Töö autor väidab, et käesoleval hetkel direktiivis ja Eestis kehtiv regulatsioon piiranguid koostöölepingule kohalduva õiguse valikule ei kehtesta. Lähtuma peab vaid reeglist, et hankija eesmärgiks ei tohi olla rangemate riigisiseste sätete kohaldamata jätmine. Ehk siis hankijale ei ole lubatud n-ö *forum shopping*.¹¹⁴ See põhimõte tuleb direktiivi artikli 39 lg 1 II lausest kui ka RHS § 44 lg-st 2, mis soodsama õiguskeskkonna valikut taunib. Ka direktiivi põhjenduspunkt 73 esitab reegli, et hankijad ei tohi kuritarvitada piiriülese ühishanke lubamisega kaasnevat vabadust ehk hankijad ei tohi unustada kohustuslikke norme, mis hankija asukohariigis kehtivad. Selle kohta selgitab Rooma I määruse artikli 9 lg 1, et sellisteks kohustuslikeks normideks riigi avalike huvide, näiteks tema poliitilise, sotsiaal- või majanduskorralduse kaitsmise seisukohast niivõrd olulised, et need on kohaldatavad igas olukorras, olenemata lepingule kohaldatavast õigusest. Rooma I määrus on selles küsimuses asjakohane, kuna koostööleping on eelduslikult tsiviilõiguslik leping.

Kuna direktiiv ei näe ette koostöölepingule kohalduva õiguse reeglit, siis võivad hankijad kokku leppida ka kolmanda riigi õiguse kohaldamises. Võttes arvesse eelmises lõigus kirjeldatud reeglit, peavad hankijad igakordselt sellise lepingu sõlmimisel analüüsima, kas sellise koostöö puhul on vajalik hankija riigisiseseid imperatiivseid norme koostöölepingusse sisse kirjutada. Sama järelduseni on jõudnud ka Sàanches-Graells.¹¹⁵

Arvestades poolte lepinguvabadust, siis lepingusse puutumatu kolmanda riigi õiguse kohaldamine on rahvusvahelistes lepingutes tavapärane praktika – kuna välditakse ühe koostööpartneri soodustamist, valides selle partneri riigi õigus kohalduvaks õiguseks, siis otsustatakse mõne neutraalse, kuid sarnase õiguskultuuriga riigi õiguse kohaldumise kasuks

¹¹² Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), pp 512-513.

¹¹³ Karindi-Kask, RHS § 44/7.

¹¹⁴ Seaduste kollisiooni kohta kasutatav termin, kui isikul on võimalik valida „sobivaim“ kohalduv seadus/õigus.

¹¹⁵ Sàanches-Graells, A. (viide 9), p 23.

partnerite vahelistes suhetes. Sellist lähenemist on kasutatud Balticconnectori projektis. Koostöölepingu alusel teostati nii piiriülest ühishanget Soome ja Eesti vahele gaasitoru merealuse osa ehituses kui ka teisi projektiga seotud tegevusi. Eesti ja Soome hankekohustuslased valisid koostöölepingule kohalduvaks õiguseks Rootsi õiguse, arvestamata seaduste konflikti põhimõtet.¹¹⁶

Praktikas on ka teistsuguseid näiteid: Elering AS-i sõlmitud koostööleping välisriigi osapooltega, et viia läbi tehnilise spetsifikatsiooni koostamise hange¹¹⁷ sisaldab kohalduva õiguse valikus Eestit. Tõenäoliselt on pooled teinud sellise valiku, kuna Elering AS-i kohustuseks jäi ka hankemenetluse läbiviimine Eesti riigihankeõiguse alusel ning poolte vahel on pikaajaline koostöökogemus. Kuna varasemalt on loodud usalduslik suhe, siis potentsiaalne vaidlus poolte vahel koostöölepingu alusel on ebatõenäoline. Olenemata usaldusest jäi selles koostöölepingus RHAD kinnitamise pädevus siiski juhtgrupile, mis vaidluse tekkimise võimalusi tegelikult minimeerib.

Juhul, kui koostöölepingule kohalduvat õigust sätestatud ei ole, tuleb pooltevahelised vaidlused lahendada Rooma I määruse alusel, kuna tegemist on tsiviilõigusliku lepinguga. Sellise näite saab tuua meditsiinalasest koostöölepingust, milles kohalduva õiguse valikut pole, aga kõik vaidlused lahendatakse läbirääkimiste või diplomaatiliste kanalite kaudu.¹¹⁸ Sel põhjusel ei pruugigi koostöölepingule kohalduv õigus hädavajalik olla, kuna eesmärk on meditsiinalane edukas koostöö ja vaidluse diplomaatiliste kanalite kaudu lahendamisel ei ole tõenäoline, et kohalduva õiguse küsimus tekib. Seni on meditsiinalase koostöölepingu alusel teostatud hankemenetlused olnud edukad – vaidluseid ega vaidlustusi ei ole esinenud, muuhulgas ka hankijate vahel.¹¹⁹ Juhul, kui koostöölepingule kohalduva õiguse küsimus siiski tekib, on sellisel juhul vajalik järgida Rooma I määrust. Rooma I määrus annab põhjenduspunktis 19 järgneva selgituse: Kui kohaldatavat õigust ei ole valitud, tuleb see kindlaks määrata kooskõlas konkreetset liiki lepingu suhtes kehtestatud erinormiga. Kui lepingut ei saa liigitada ühte kindlaksmääratud liiki või kui selle elemendid kuuluvad rohkem kui ühte kindlaksmääratud liiki, peaks leping olema reguleeritud selle riigi õigusega, kus on selle poole harilik viibimiskoht, kellelt nõutakse lepingule iseloomulikku sooritust. Kui leping hõlmab õiguste ja

¹¹⁶ Ing. k. „*Swedish law will be applied to this Contract, without reference to the conflict of laws principles.*“

¹¹⁷ Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (01.04.2020).

Koostöölepingu koopia töö autori valduses.

¹¹⁸ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Edastatud töö autorile Haigekassa esindaja poolt e-kirja teel 14.01.2020 (vt käesoleva töö lisa 1).

¹¹⁹ Edastatud töö autorile Haigekassa esindaja poolt e-kirja teel 19.12.2019 (vt käesoleva töö lisa 1).

kohustuste kogumit, mida on võimalik liigitada rohkem kui ühe kindlaksmääratud lepingu liigi alla, tuleks lepingule iseloomulik sooritus kindlaks määrata vastavalt sellele, millise liigiga on leping kõige tihedamalt seotud. Samad põhimõtted sisalduvad ka Rooma I määruse artiklis 4 lg 2-4. Kuna koostöölepingu iseloomulikuks soorituseks on hankemenetluse läbiviimine, siis saab järeldada, et koostöölepingule kohalduvaks õiguseks on vastutava hankija harilik viibimiskoht (st peakontori asukoht, vastavalt Rooma I määrus artikkel 19 lg 1). Autor rõhutab, et sellise käsitlusega võib meditsiinalasele koostöölepingule kohalduda mitme riigi õigus, olenevalt konkreetsetes hankemenetluses osalevatest riikidest ja vastutavast hankijast, sest see leping annab ainult n-ö raamistiku, kuidas hankemenetluseni, sh dokumentide koostamiseni jõutakse ning seda pikema perioodi jooksul ja korduvalt. Sel põhjusel peab autor vajalikuks, et ka koostöölepingule kohalduv õigus oleks poolte poolt reguleeritud, vältimaks ühele lepingule paralleelselt kehtivaid õiguskordasid.

2. Piiriüleste ühishangetena läbiviidavatele hankemenetlustele kohalduv liikmeriigi õigus ja sellest tulenev hankijate vastutus

2.1 Kohalduva õiguse mõju hankemenetlusele ja hankijate vahelisele vastutusele

Eelmises peatükis selgitas töö autor, et direktiivi ja riigisisese õiguse sõnastuses puudub konkreetsus – grammatilise tõlgenduse abil on võimalik väita, et hankijatel on vajalik kokku leppida koostöölepingule kohaldatav õigus, kuid õiguskirjanduses sellist seisukohta ei jagata. Jättes kõrvale grammatilise tõlgenduse, on ilmne, et efektiivse koostöö huvides on esmatähtis hankemenetlusele kohalduv õigus. Eelduslikult on vaidlustuse tekkimine hankemenetlust läbi viies tõenäolisem kui hankijate koostöölepingust tulenev vaidlus (millest võiks koostöölepingule kohalduva õiguse probleem kerkida). Sel põhjusel nõustub töö autor seisukohaga, et koostöölepingus on vältimatult vajalik kokku leppida hankemenetlusele kohalduv õigus. Kohalduva õiguse valiku osas on Risvig Hamer möönnud, et koostöölepingu alusel ühishanke korraldamisel ei ole riigihankeõiguse valik iseenesestmõistetav, aga see peab piirduma ühishankes osalevate hankijate ringiga. Risvig Hamer toob võrdluse piiriülese keskse hankimise regulatsiooniga¹²⁰, kus on konkreetselt sätestatud, et hankemenetlusele kohaldub keskse hankija riigihankeõigus.¹²¹

Hankemenetlusele kohalduva õiguse valiku juures on oluline märkida direktiivi artikkel 39 lg 1 ning riigisisese RHS § 44 lg 2 piirangut: hankijatel ei ole lubatud kasutada riigihangete konsolideerimise võimalusi eesmärgil, et vältida kohustuslike riigisiseste sätete kohaldamist. Näiteks Rail Baltic Estonia OÜ esindaja on oma kirjalikus vastuses autorile märkinud, et piiriüleseid hankemeetodeid kavatsetakse kasutada raudteetrassi ehituse faasis (käesoleva töö kirjutamisel käib projekteerimine kuni 2022. a) ning ehitushangete osas otsustatakse Eesti ja Läti õigusraamistiku erinevuste baasil, millise riigi õigust rakendatakse.¹²² Hankija vastust saab tõlgendada muuhulgas viisil, et kohalduva õiguse küsimus otsustatakse hankijale võimalikult soodsate reeglite printsiibist lähtudes. Kindlasti võib selline mugavuse-kriteerium järelevalveasutustes küsimusi tekitada. Vastupidise projekti planeerimise näitena on RB Rail AS esindaja selgitanud, et: „Rail Baltica projektis ei ole hangete korraldamisel aluseks esmalt mitte hankeseadus, vaid projekti reaalsed vajadused. Peale projekti vajaduste spetsiifika väljaselgitamist valitakse parim võimalik seaduspärane lähenemine, selleks, et tagada projekti edu.“¹²³ Töö autori hinnangul ongi õiguspärane tõlgendada piirangut viisil, et hankijad peavad

¹²⁰ Direktiivi artikkel 39 lg 3 ja RHS § 44 lg 3.

¹²¹ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), pp 512-513.

¹²² Vt Rail Baltic Estonia OÜ esindaja vastust töö lisas 1.

¹²³ Vt RB Rail AS esindaja vastust töö lisas 1.

arvesse võtma eelkõige projekti vajadusi ning alles siis selgub kohalduv riigihankeõigus, mitte vastupidi. Seega mõistab autor seadusandja kaitse-eesmärgi taolise reegli kehtestamisel, kuid toob täiendavalt välja tekkivad kitsaskohad selle reegli rakendamisel.

Hankemenetlusele kohalduva õiguse reguleerimine tähendab ka, et kohaldatakse vastavas riigis kehtestatud piirmäärasid¹²⁴, mis võivad olla riigiti erinevad ehk võib esineda olukord, kus valituks osutub hankijatele mugavam ja kiirem menetlusviis. Näiteks on lihthankemenetlusena läbi viidud riigihangetel rahvusvahelist piirmäära ületavate riigihangetega võrreldes oluliselt lühemad ajad pakkumuste esitamiseks, lühem ooteaeg hankelepingu sõlmimiseks jne.¹²⁵ Võrgustiku ja avaliku sektori hankijate vahelise koostöö puhul kerkib koheselt üles küsimus, millisele sektorile mõeldud piirmäärasid rakendatakse.

Samuti on oluline märkida, et samas sektoris (näiteks avalik sektor¹²⁶) tegutsevad eri liikmesriigis asuvad hankijad võivad olla riigisiselt allutatud rangematele nõuetele kui direktiiv ette näeb. Näitena saaks tuua Eesti ja Läti avaliku sektori hankijatele kohalduvad piirmäärad: Eesti avaliku sektori hankija on kohustatud lähtuma RHS-is sätestatud nõuetest asjade ja teenuste riigihanke puhul alates 60 000 eurost¹²⁷, kuid Lätis on riigihangete regulatsiooni kohaldamine kohustuslik juba 42 000 eurost (kui ei esine seaduses ette nähtud erandeid).¹²⁸ Sellise erinevuse puhul on võimalik hankijatel leppida kokku ühise projekti teostamine, mille eeldatav maksumus võib olla suurusjärgus 50 000 eurot ning hankemenetlusele kohalduvaks riigihankeõiguseks määrata Eesti. Läti avaliku sektori hankija oleks sellise eeldatava maksumuse juures kohustatud riigihanget läbi viima, kuid Eesti hankija peab järgima lihthankemenetlusele kehtestatud korda. Hankijatevahelised kokku lepitavad võimalused muutuvad kardinaalselt, kui koostööd teevad eri riikide võrgustiku- ja avaliku sektori hankijad, kuna neile kohalduvate piirmäärade erinevused on märkimisväärsed. Nii näiteks on võrgustikusektorile ette nähtud ka märgatavalt laiemad võimalused erandite kohaldamiseks, kui RHS-i pole vaja järgida.¹²⁹ Muuhulgas võib selles küsimuses kerkida üles võrgustikusektori hankija definitsioon ja n-ö enesemääratlemisõigus.

¹²⁴ E-riigihangete keskkonna teabeportaal. Riigihanke piirmäärad. Arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave#riigihanke%20piirmäärad> (16.02.2020).

¹²⁵ Eestis vastavate reeglite kohta vaata RHS § 120 lg 2 ja Rahandusministeeriumi juhised. Arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave>.

¹²⁶ Käesolevas näites on mõeldud avaliku sektori hankijat, kellele kohalduvad n-ö klassikalise sektori piirmäärad ehk avaliku sektori hankija ei tegutse nt võrgustikusektoris.

¹²⁷ RHS § 14 lg 2 p 1.

¹²⁸ Publisko iepirkumu likums § 8 (4). Latvijas Vēstnesis, 254, 29.12.2016. Arvutivõrgus: <http://likumi.lv/ta/en/en/id/287760-public-procurement-law> (29.03.2020).

¹²⁹ RHS § 11 vs RHS § 153. – Sõrm, M. RHS § 153/3. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

Hankimise eesmärk on hankija enda määratleda. Juhindudes Euroopa Kohtu lahendist C-393/06 seotakse hankija määratlus hankimise eesmärgiga.¹³⁰ Nii on ka eestikeelses erialakirjanduses selgitatud, et juhul, kui hankija vastab nii avaliku- kui võrgustikusektori hankija tunnustele, tuleb otsusta: kui eesmärk on tegutseda võrgustikusektoris, siis võib hankija võrgustikusektorile kohalduvaid (paindlikke) reegleid rakendada.¹³¹ Eesti hankija eksimisel enese määratlemise osas on Rahandusministeeriumil järelevalvepädevus, kontrollides tegevuse õiguspärasust.¹³² Järelevalvemenetluses võetakse muuhulgas arvesse hankija enda selgitusi, sh näiteks hankeobjekti hankimise eesmärgi kohta.¹³³

Vähetähtis ei ole küsimus, kas RHS-i, eelkõige § 44 lg 2 tuleb tõlgendada nii, et on keelatud tekitada vastuolu hankija enda hankekorraga. Hankekorra määramine on RHS § 9 lg 1 ja 2 järgi kohustuslik: avaliku sektori hankijal on kohustus kehtestada organisatsioonisisene hankekord, kui ta hangib ühes eelarveaastas asju ja teenuseid rohkem kui 80 000 euro või ehitustöid rohkem kui 500 000 eurot eest, võrgustikusektori hankijal on kohustus, kui ta ühe eelarveaasta planeeritavate riigihangete eeldatav maksumus on enam kui 500 000 eurot. Hankekord on RHS § 9 lg 6 kohaselt avalikustatav dokument. Piisavalt põhjalik hankekord informeerib ettevõtjaid hankija tegevustest hankemenetlust ette valmistades ning läbi viies.¹³⁴ Kuigi Eesti võrgustikusektori hankijad on RHS-is sätestatud korda kohustatud rakendama alates 60 000 eurost asjade ja teenuste puhul,¹³⁵ on hankijal võimalik endale rangemad eeskirjad kehtestada. Näitena saab tuua võrgustikusektori hankija Elering AS-i hankekorra, milles lihthankemenetlusele kehtestatud menetlusreeglid tuleb kohaldada ka asjade ja teenuste hankimisel summas 20 000–60 000 eurot, kuigi lihthankemenetluse piirmäär võrgustikusektoris asjade ja teenuste puhul on seadusest tulenevalt alates 60 000 eurost.¹³⁶ Hankija võib sattuda vastuolusse iseenda hankekorraga, kui lubab teisest liikmesriigist pärit hankijal rakendada leebemat menetluskorda (näiteks lihthane vs riigihange) kui tema enda hankekord ette näeb.

¹³⁰ EKo C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH vs Fernwärme Wien GmbH*, eelotsusetaotlus, p 59.

¹³¹ Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura, 2014, lk 133-135.

¹³² RHS § 203 lg 3.

¹³³ Näiteks Rahandusministeeriumi 07.02.2018 kontrollakt nr 12.2-4/19, p 2.1: „Hankija selgituste kohaselt puudusid tal 2016. aastal tegevused ja soetused, mis ei olnud seotud RHS §-des 83-84 nimetatud valdkondades tegutsemisega. Kuna järelevalvemenetluse käigus ei ole ilmnenud, et Hankija oleks kontrollitaval ajavahemikul sõlminud hankelepinguid, mille peamine eesmärk ei olnuks seotud RHS §-des 83–89 nimetatud võrgustikuvaldkondades tegutsemisega, puudub Rahandusministeeriumil vajadus täiendavalt analüüsida, kas Elering AS vastas 2016. aastal lisaks RHS § 10 lg-le 3 samaaegselt ka RHS § 10 lg-s 1 sätestatud tavahankija tunnustusele.“

¹³⁴ Peedusk, P. Riigihanke üldpõhimõtete järgimine turu-uuringus ja ettevõtja osalemisel riigihanke ettevalmistamises. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2019, lk 24.

¹³⁵ RHS § 14 lg 1 p 2.

¹³⁶ Elering AS-i hangete ja enampakkumiste läbiviimise kord. Arvutivõrgus: <https://elering.ee/hangete-ja-enampakkumiste-labiviimise-kord> (20.04.2020), p 7.1.

Piiriülese ühishanke puhul peavad kõik osalevad hankijad olema märgitud hanketeates¹³⁷, mistõttu on kõik hanketeates esitatud isikud hankijaks, kuid nad on paralleelselt allutatud ka iseendale kehtivatele sisekordadele.

Hankekord on halduseeskiri, mis tuleb, olenevalt hankijast kinnitada ministri, allasutuse juhi käskkirjaga või valla- või linnavolikogu või -valitsuse määrusega. Eraõigusliku juriidilise isiku hankekorra kehtestamise pädevus on üldjuhul juhatusel.¹³⁸ Võib argumenteerida, et niisuguse paindliku võimaluse juures on hankijal lubatud endale kehtestatud hankekorra kõrval kalduda hankija enda legitiimse otsusega (näiteks vastav käskkiri, määrus või juhatuse otsus). Selleks legitiimseks otsuseks võib olla ka vastavat otsustuspädevust omava isiku poolt allkirjastatud hankijatevaheline koostööleping. Nii näiteks on allkirjastanud Elering AS-i juhatuse esimees koostöölepinguid, milles volitatakse hankemenetlust läbi viima teise liikmesriigi hankijat. Juhatuse esimees kui ühingu nimel esindusõigust omav isik muudab sellise pädevuse delegeerimise legitiimseks, olenemata ühingu enda sisekordades sätestatust.¹³⁹

Eri piirmäärade kohaldumise kohta RHS § 44 lg 2 valguses on RHS-i kommenteeritud väljaandes asunud seisukohale: “Kõnealune säte ei tähenda aga seda, et piiriülest /.../ ühishankimist võiks kasutada üksnes juhul, kui teise liikmesriigi õiguse kohaselt hankides oleksid kohustused samasugused nagu Eesti õiguse kohaselt. Teisisõnu võib piiriülese /.../ ühishankimise võimalust kasutada ka juhul, kui teise liikmesriigi õiguse kohaselt ei ole nt piirmäärad nii madalad kui Eestis või kui Eesti seadus kohustab hankijaid millekski enamaks kui teise riigi seadus (nt pakkumuse vastavuse kohta tehtav otsus).” Eelkirjeldatud olukorra tekkimise võimalust on peetud vaid teoreetiliseks, kuna piiriüleste ühishangete juures on vaid suuremahulisi projektid, ületades rahvusvahelist piirmäära.¹⁴⁰ Töö autori hinnangul on väikeste koostööprojektide teostamise võimalus ikkagi olemas. Näitena saab tuua Elering AS-i lihthankemenetlusega riigihanked, millele on viidatud ka ülal – tehnilise spetsifikatsiooni koostamise kogumaksumus oli 55 000 eurot.¹⁴¹ Samuti on Elering AS hankinud RSC andmekeskust maksumusega ca 100 000 eurot koos Läti ja Leedu põhivõrguettevõtjatega¹⁴², ühtse gaasi bilansiirkonna reeglite väljatöötamist Balti(-Soome) sisend-väljund tsoonis koos

¹³⁷ Euroopa Komisjoni 05.01.2016 rakendusmäärus (EL) 2016/7, millega kehtestatakse Euroopa ühtse hankedokumendi standardvorm, Lisa 2 - ELT L 13, 06.01.2016, lk 16-34.

¹³⁸ Härginen, K. RHS § 9/9-10. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹³⁹ Koopiad Elering AS-i juhatuse esimehe poolt allkirjastatud koostöölepingutest on töö autori valduses.

¹⁴⁰ Karindi-Kask, RHS § 44/5.

¹⁴¹ Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (01.04.2020).

¹⁴² Riigihangete registris Elering AS “Purchase of Baltic RSC datacenter” (viitenumber 198759). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726177/general-info> (02.03.2020).

Leedu ettevõtte AB Amber Grid ja Läti ettevõtte AS Conexus Baltic Grid maksumusega 77 500 eurot.¹⁴³

Eraldiseisvaks probleemkohaks, millele on viidanud ka Risvig Hamer, on hankemenetlusele kohalduva riigihankeõiguse osas kokkuleppe puudumine ja selle tagajärjed. Risvig Hamer toob välja lihtsa tõlgenduse – kuna kõik hankijad on ühishankesse kaasatud, siis teoreetiliselt on võimalik igal hankijal kohaldada ükskõik millise hankija riigihankeõigust.¹⁴⁴ Sellele probleemile on nähti ette lahendus direktiivi algses ettepanekus, kuid lõppteksti see ei jõudnud. Ettepanekus nähti ette, kui hankemenetlusele kohalduvat õigust ei ole määratud, siis: juhul, kui menetlus on läbi viidud või juhitud ainult ühe hankija poolt, esindades teisi, kohaldub selle hankija liikmesriigi õigus; juhul, kui üksinda teiste nimel tegutsemine puudub, otsustatakse kohalduv õigus ehitustööde lepingute korral sellest, millises liikmesriigis ehitustööd kõige enam asuvad; asjade ja teenuse korral juhendatakse, kus kohas need teenused/asjad on osutatud/tarnitud.¹⁴⁵ Kui eeltoodut ei ole võimalik rakendada, siis hankemenetlusele kohalduv õigus määratakse selle järgi, milline hankija kannab kõige suuremaid kulusid.¹⁴⁶ Ettepanekus selgitatakse, et printsiibid on välja töötatud objektiivsetel kaalutlustel, mida leiab ka rahvusvahelise eraõiguse normidest.¹⁴⁷ Kuigi lõppteksti need reeglid ei jõudnud, toetab ettepaneku sõnastus seadusandja mõtet, et hankijad peavad kokku leppima kohalduva riigihankeõiguse, mitte koostöökokkuleppele kohalduva õiguse. Sànches-Graells on esitanud, et isegi kui pooled lepivad kokku ühe riigi kohalduva riigihankeõiguse, ei välista see võimalust siiski teise osaleva hankija riigihankeõiguse kohaldumiseks, kirjeldamata seda detailsemalt.¹⁴⁸

Ebaratsionaalsena näib muuhulgas käsitlus, et kohalduvaks riigihankeõiguseks valitakse näiteks Eesti õigus, kuid juhtivaks hankijaks oleks näiteks Läti hankija. Sellisel juhul tekiks koheselt küsimus, kuidas hankemenetlust läbi viia – kas seda teha Eesti riigihankete registris või teise riigi analoogses keskkonnas (kui see eksisteerib), kas Eesti riigihangete vaidlustuskomisjon oleks pädev vaidlustust lahendama jne. Kindlasti on tehniliselt võimalik välisriigi hankijatel end Eesti riigihangete registris hankijana määratleda.¹⁴⁹ Riigihangete

¹⁴³ Riigihangete registris Elering AS “Ühtse gaasi bilansipiirkonna reeglite väljatöötamine Balti(-Soome) sisendväljund tsoonis” (viitenumber 195677). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/723140/general-info> (02.03.2020).

¹⁴⁴ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), p 513.

¹⁴⁵ Ing. k. „.../ where the major part of the services or supplies is provided.“

¹⁴⁶ Council of the European Union. (viide 22), p 18.

¹⁴⁷ *Ibid*, p 19.

¹⁴⁸ Sànches-Graells, A. (viide 9), p 10.

¹⁴⁹ Rahandusministeerium. Kasutajajuhend hankija esindajale. 22.10.2018. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/register/kasutajajuhend_-

registris on võimalik ühishanke puhul ka teisi hankijaid hanketeatesse sisestada (hanketeate I osa „hankija nimi ja aadressid“).¹⁵⁰ Küll aga võib väita, et hankemenetlust juhtiva hankija riigihankeõiguse rakendamine tähendab ka tema poolt vastavas riigis kehtestatud (kohustuslike) meetodite – riigihangete registri – kasutamist. Nii näiteks oli Prantsusmaa õiguse alusel juhtivale Prantsusmaa hankijale kohustuslik kasutada Prantsusmaa riigihanke keskkondi.¹⁵¹ Autori hinnangul võiks olla võimalik hankedokumentatsiooni täielik komplekteerimine ühe hankija poolt ning teise hankija poolt vastavalt tema riigihankeõigusele hankemenetluse läbiviimine. Muidugi, dokumendid tuleb sellisel juhul koostada menetlus läbi viiva (juhtiva) hankija riigihankeõiguse alusel. Sel põhjusel ei pea töö autor sellist tööde jaotust eluliselt usutavaks.

Praktiliste näite olemasolu tõttu toob autor välja Balticconnectori projekti koostöölepingu regulatsiooni. Meeldetuletuseks rõhutab autor, et kogu hankemenetluse protseduur oli juhtgrupi kinnitada ja koostöölepingut ennast reguleeris Rootsi õigus. Koostööleping aga sätestas, et meretoru ehituseks on kohalduv riigihankeõigus Soome õigus, aga lisaklausliga „juhul, kui Soome riigihankeseadust¹⁵² on võimalik Eesti RHS-ist tulenevalt kohaldada“. Balticconnectori projekti koostöölepingu sõlmimisel ei olnud direktiivi Eesti õigusesse üle võetud, seega pooled ei olnud kindlad, kas Eesti riigihankeõigus lubab hankemenetlust Soome õiguse alusel läbi viia. Lõpuks viidi hankemenetlus läbi Soome riigihankeõiguse järgi.¹⁵³ Ka Aktsiaseltsi Eesti Raudtee sõlmitud koostöölepingus on hankemenetlusele kohalduva õiguse valik ühemõtteliselt tehtud - kõik ühised hankemenetlused viiakse läbi Läti riigihankeõiguse alusel.¹⁵⁴ Küll aga on töö autor koostöölepinguid analüüsides teinud avastuse, et mitte kõik hankijad ei täida RHS § 44 lg 4 täielikult. Nimelt kohustab direktiiv ja riigisisene õigus hankijad koostöölepingus kindlaks määrama kohalduva õiguse ning töö autor on ülal esitanud selgituse, et seadusandja eesmärk on olnud hankemenetlusele kohalduva õiguse kindlaksmääramine. Praktika näitab, et tegelikult sõlmitakse koostöölepinguid pikemaajalise koostöö jaoks ehk siis pooled näevad lepingus ette vaid protsessi, kuidas RHAD koostada, otsuseid vastu võtta ning ka

[hankijale_v6.pdf](#) (10.03.2020), lk 12. Juhendis on pildi kujul esitatud hankijaks registreerimise info ning muuhulgas on üheks täidetavaks lahtriks ka “riik”.

¹⁵⁰ Näiteks Sotsiaalministeerium ja Läti Tervishoiuministeerium ühishankijatena avatud hankemenetlusega riigihankes „Ühishange vaktsiinide ostmiseks“ (viitenumber 198831). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726249/notices/notice/1599159/contracting-authority> (10.03.2020).

¹⁵¹ European Commission. (viide 18), p 41.

¹⁵² Laki julkisista hankinnoista (348/2007). Arvutivõrgus: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348> (10.03.2020).

¹⁵³ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Töö autorile on antud lepinguosaliste nõusolek töö teemaga seonduvate koostöölepingu punktide analüüsimiseks käesolevas töös.

¹⁵⁴ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Töö autorile on antud konfidentsiaalsuskokkuleppe alusel lepinguosaliste nõusolek töö teemaga seonduvate koostöölepingu punktide analüüsimiseks käesolevas töös.

hankemenetlusele kohalduvat õigust kindlaks määrata. Selline protsess on meditsiinalases koostöölepingus – selle eesmärk on anda pooltele raamistik, milles opereerida. Kokku on lepitud reegel, et igas hankes kohaldatakse konkreetsetes hankes juhtiva partneri riigihankeõigust. Kusjuures ei ole koostööleping tähtajaline, vaid sõlmitud määramata ajaks. RHS-i kommenteeritud väljaanne peab sellist lähenemist praktiliseks ja võimalikuks.¹⁵⁵ Nii võib väita, et direktiiv ja ka RHS ei ole oma regulatsioonis ette näinud kõiki praktikas esinevaid koostöövorme. Kindlasti on hankemenetlusele kohalduv õigus töö autori hinnangul üks olulisematest otsustest, mida hankijad on kohustatud tegema, aga eriilmeliste koostöölepingute võimaluse tõttu pole hankemenetlusele kohalduva õiguse määramine alati otstarbekas ega ka praktiliselt võimalik. Nii näiteks võivad pooled sõlmida pikaajalise koostöölepingu, mille alusel sõlmitakse küll hankelepinguid, aga pole mõistlik pooli juba algselt siduda kindla riigi hankemenetlusele kohalduva riigihankeõigusega. Pigem on oluline, et pooled leiaksid konsensuse ja kindla reeglistiku, kuidas, kes ja mis õiguse alusel hankemenetlust läbi viib.

2.2 Kolmandate isikute võimalikud nõuded hankija(te) vastu vaidlustusmenetluses ja võimalikkus piiriülese ühishanke kontekstis

Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi harta) artikkel 47¹⁵⁶ järgi on igal inimesel, kelle liidu õigusega tagatud õigusi või vabadusi rikutakse, selles artiklis kehtestatud tingimuste kohaselt õigus tõhusale õiguskaitsevahendile kohtus. Riigihankevaidluste kiireloomulisusest sõltuvalt on vajalik nende lahendus tõhusalt, tagamaks konkurentsi püsivus. Sama on kinnitanud ka Euroopa Kohus, et õigus tõhusale õiguskaitsevahendile on EL õiguse üldpõhimõte, viidates sealjuures harta artiklile 47.¹⁵⁷

Selleks, et riigihankeõigust üleeuroopaliselt ühtselt rakendada on EL vastu võtnud mitmeid õigusakte, mis kaebeõigust reguleerivad ning annavad hankija tegevusele kontrollimehhanismi, et võrdse kohtlemise, konkurentsi tagamise jm riigihanke üldpõhimõtete järgimist tagada. Klassikalise sektori hangetele kohaldub õiguskaitsemeetmete direktiiv 89/665/EMÜ¹⁵⁸ ja

¹⁵⁵ Karindi-Kask, RHS § 44/7.

¹⁵⁶ Euroopa Liidu Põhiõiguste harta, 30. märts 2010, 2010/C 83/02. - ELT C 83, lk 389-403.

¹⁵⁷ Euroopa Kohtu asepresidendi 23. aprilli 2015. a määrus kohtuasjas C-35/15 P(R), *Euroopa Komisjon vs Vanbreda Risk & Benefits*, apellatsioonkaebus, p 28.

¹⁵⁸ Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33-35.

võrgustikusektoriga seotud hangetele 92/13/EMÜ¹⁵⁹ (edaspidi ühiselt viidates õiguskaitsemeetmete direktiivid). Neid direktiive on muudetud 2007. a direktiiviga 2007/66/EÜ¹⁶⁰ (edaspidi direktiiv 2007/66/EÜ). Kaebeõiguse sätted erinevate sektorite hangetele on väga sarnased, mistõttu on otstarbekas neile ühiselt viidata.¹⁶¹ Õiguskaitsemeetmete direktiivid võimaldavad kaebuse esitada nii enne lepingu sõlmimist ja pärast seda. Lepingueelsete õiguskaitsemeetmete hulka kuulub õigus võtta ajutisi meetmeid kohustusliku ooteaja rikkumise tõttu (hankelepingu sõlmimise otsuse ja lepingu sõlmimise vahel) ning peatada lepingu sõlmimine kaebuse läbivaatamise ajaks, et lepingut ei sõlmitaks. Pärast lepingu sõlmimist saab nõuda näiteks kahjuhüvitist.¹⁶²

Läbivaadatavad (edaspidi nimetatud vaidlustatavad) otsused on sätestatud riigisiseses õiguses ning kaebeõigust saab rakendada (vaidlustusmenetluse abil) selle riigi õigusaktide alusel, mille alusel toimub ka hankemenetlus.¹⁶³ See on küll ilmselge olukorras, kus ühishankijate ring on piiratud ühe liikmesriigiga, aga piiriülese ühishanke puhul võib kaebeõiguse lubatavus olla ka teiste hankijate riigihankeõiguse alusel. Selle võimaluse on välistanud Sànces-Graells, kes võtab eelduse, et hankemenetlusele kohalduv õigus hõlmab ka vaidlustusmenetlusele kohalduvat õigust. Tema arvamus põhineb tõigal, et direktiivi artikkel 39 ei näe ette konkreetset vaidlustusmenetluse klauslit piiriülestes hangetes.¹⁶⁴ Tõepoolest, vaidlustusmenetluse üksikasju piiriülese koostöövormi puhul, kus on sõlmitud koostööleping, kehtiv direktiiv ei sätesta. Direktiivi esialgses versioonis oli ette nähtud, et piiriülestel riigihangetel riigihankelepingute sõlmimise otsuste suhtes kohaldatakse tavalisi läbivaatamismehhanisme, mis on kohaldatava riigisisese õiguse kohaselt kättesaadavad, kuid kehtivas versioonis sellist viidet ei eksisteeri. Samuti ei jõudnud kehtivasse direktiivi ka teise EL liikmesriigi vaidlustusotsuse tunnustamise ja täidetavaks tunnistamise osa, mis oli järgnev: läbivaatamismehhanismide tõhusa toimimise tagamiseks tagab liikmesriik, et teistes liikmesriikides asuvate nõukogu direktiivi 89/665/EMÜ tähenduses olevate

¹⁵⁹ Nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14-20.

¹⁶⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31-46.

¹⁶¹ Laanemäe, K. Kaebeõiguse eeldused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendajad Carri Ginter, Triin Väljaots. Tallinn: Tartu Ülikool 2015, lk 5.

¹⁶² Euroopa Komisjon. Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile ja nõukogule. Riigihangete valdkonnas kasutatavaid läbivaatamismenetlusi käsitlevate direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) tulemuslikkuse kohta, 24.01.2017, COM(2017) 28 final. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ET/COM-2017-28-F1-ET-MAIN-PART-1.PDF> (04.03.2020), lk 2.

¹⁶³ Laanemäe, K. (viide 161), lk 24.

¹⁶⁴ Sànces-Graells, A. (viide 9), p 12.

läbivaatamisasutuste otsuseid on võimalik täielikult nende riigisisises õiguskorras täidetavaks tunnistada, kui sellised otsused hõlmavad nende territooriumil asutatud hankijaid, kes osalevad asjakohases piiriülese riigihankemenetluses. Välja jäetud sätete eesmärgiks oligi eri jurisdiktsioonide konfliktide vältimine.¹⁶⁵ Küll aga oleks sellise ettepaneku rakendamine näiteks Prantsusmaal loonud pretsedendi, kus halduskohus saaks õiguse ja kohustuse teiste riikide riigihankealaste vaidlustusotsuste tunnustamiseks ja täidetavaks tunnistamiseks, mida Prantsuse õigus seni ei lubanud.¹⁶⁶

Kehtivast direktiivist sellist põhjalikkust ei leia.¹⁶⁷ Põhjenduspunktist 73 tuleneb ainuke viide Rooma I määruses sätestatud kollisiooninormidele, aga Rooma I määrus n-ö kohtualluvuskokkuleppeid (käesoleval juhul vaidlustusmenetluse jaoks kompetentset organit) ei reguleeri.¹⁶⁸ Õiguskirjanduses on palju kriitikat leidnud direktiivi 2007/66/EÜ läbi vaatamata jätmise seoses direktiivi vastuvõtmisega.¹⁶⁹ Ebaselgus vaidlustusvõimaluse osas võib tekitada ettevõtjate hulgas segadust, kuigi Euroopa Kohus on korduvalt kinnitanud, et riigihankevaidluste pidamise võimalus ei tohi kunagi olla võimatu või liigselt koormav, samuti ei ole lubatud eelise loomine teatud riigi ettevõtjatele.¹⁷⁰

Eeltoodu valguses on praktikas selgunud, et piiriüleste ühishangete teostamine võib luua olukorra diskrimineerimiseks hoopis uuel moel. Diskrimineerimist on käsitlenud Viini halduskohus 09.02.2016 enne direktiivide ülevõtmist: Saksamaa keskse hankija poolt oli Saksamaa riigihankeõiguse alusel läbi viidud mitmeosaline hange, milles osales ka Austria hankija. Viini halduskohus tunnistas hankemenetluses hankijaks ka Austria hankija, kuna Austria hankija osa lepingust oli märgatavalt suurem ning seetõttu oleks Saksamaa riigihankeõiguse järgimine diskrimineerinud pakkujaid, jättes ilma Austrias kehtivast vaidlustusmenetluse protseduurist. Vaidlustaja pöördus otse Viini halduskohtusse ning halduskohus kinnitas kohtualluvust selles asjas ning kuna Austria hankija oli hankemenetluses

¹⁶⁵ Council of the European Union. (viide 22), p 19-20. – Viidatud Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), p 514.

¹⁶⁶ Lebon, L. Cross-border procurement problems and transnational entities. Italian Journal of Public Law, vol. 9, issue 2, 2017, p 322.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Rooma I artikkel 1 lg 2 p (e).

¹⁶⁹ Näiteks Simovart, M., A. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contracts modification rules. Upphandlingsrättslig Tidskrift, 1, pp 33–47, 2015. Arvutivõrgus: https://www.researchgate.net/publication/291355913_Simovart_M_A_Old_remедies_for_new_violations_The_Deficit_of_Remedies_for_Enforcing_Public_Contract_Modification_Rules_UrT_20151_pp_33-47 (05.04.2020).

¹⁷⁰ EKo ühendatud asjades C-6/90 ja C-9/90, *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci ja others vs Italian Republic*, eelotsusetaotlus, p 43 ja selles viidatud kohtupraktika – Viidatud Arrowsmith, S. (viide 50), p 293.

ka hankijana kinnitatud, siis Viini halduskohus kohaldas ka Austria riigihankeõigust.¹⁷¹ Autor on kindel, et kohtuasi ei oleks samasuguste tagajärgedega uue direktiivi alusel keskse hankimise rakendamisel.

Leboni analüüsis toodud käsitlusega avaneb pettunud pakkujatel Eestist võimalus Eesti hankija otsuseid vaidlustada Läti õiguse alusel (kui Läti hankija hankemenetluse eest vastutas) ning potentsiaalselt osa saada laiematest õiguskaitsevahenditest, mis sellel pakkujal Eestis olid, vaatamata õiguskaitsevahendite üleeuroopalisele ühtlustamisele. See tähendab, et õiguskaitsevahendid võivad siiski riigiti erineda ja luua ettevõtjatele erinevaid võimalusi. Kokkuvõttes, esineb oht riigisiseste hangete pakkujate diskrimineerimiseks. Samuti esineb oht, et hankijate otsuseid vaidlustatakse selles riigis, kus on juhtivhankija ehk siis teise riigi hankijad on osaliseks vaidlustuses teises liikmesriigis.¹⁷² Tähelepanu väärib, et Eesti riigihangete vaidlustuskomisjon märgib ühishangete puhul menetlusosalisena eelkõige vaid juhtivhankija¹⁷³, kuid selline teguviis võib minna vastuolusse efektiivse ja tõhusa vaidlustusmenetluse printsiibiga, aga RHS § 192 lg 5 järgi pole Eesti riigihangete vaidlustuskomisjonil isegi õiguslikku võimalust ühishankijaid menetlusse kaasata.¹⁷⁴ Autor märgib, et piiriüleste ühishangete raames tehtud otsuse vaidlustamisel on tõepoolest oht teises liikmesriigis vaidlustusmenetluses osaliseks olemiseks, kuid siinkohal tõusebki koostöölepingu tähtsus märgatavalt. Juhul, kui koostööleping määrab ära, et hankemenetluse eest on ainuisikuliselt vastutav üks hankija, siis kõik vaidlustused peab ta (oma liikmesriigis) pidama sellise hoolsusega nagu rakendaks ta üksikult hankides. Kui koostööleping on koostatud viisil, mis hankijatele hankemenetluses tehtud otsuste vaidlustamisel vastutust kaasa ei too, siis võiksid nad aktsepteerida isegi olukorda, kus neid teise liikmesriigi vaidlustusmenetlusse kaasatakse. Isegi juhul, kui organi otsusest neile mittevastutavatele hankijatele vastutus kaasneks, siis koostööleping on õiguslik alus vastavaks regressinõudeks. Siit nähtubki piiriüleseks ühishankimiseks vajaliku koostöölepingu tähtsus – hankijatele peab jääma, olenemata puudulikust regulatsioonist vaidlustusmenetluse valdkonnas, võimalus hankemenetluses ühishankijate kahjuks tehtud otsuste osas omavahelise vastutuse adekvaatne jaotus.

¹⁷¹ Stalzer, J. Austria: Centralised Purchasing Bodies / Do Austrian courts have jurisdiction over German procurement procedures? 29.03.2016, Schoenherr. Arvutivõrgus: <https://us6.campaign-archive.com/?u=ca484c7d4831cf58fcd047a48&id=fc3d78103f&e=63c500dc64> (13.02.2020).

¹⁷² Lebon, L. (viide 166), p 323.

¹⁷³ Näiteks VAKOo 20.02.2020, 12-20/209441; VAKOo 26.07.2019, 123-19/208962; VAKOo 30.08.2018, 172-18/199485.

¹⁷⁴ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), p 1391. – Viidatud Karindi-Kask, RHS § 43/7-8.

Töö autori hinnangul peab piiriülest ühishanget *per se* võtma kui tavapärast hankemenetlust, vaid erandiga, et ühe hankija asemel osutatakse teenust või tarnitakse asju mitmele hankijale ühe menetluse ja hankelepingu alusel. Kui hankemenetlust viiks läbi üks hankija (või mitu hankijat ühest liikmesriigist), siis on hankes osalemiseks võimalus igal ettevõtjal, kes hankele kehtestatud tingimusi täidab. Kui välisriigi ettevõtja osaleb teise riigi hankija välja kuulutatud hankemenetluses, siis võtab ettevõtja enda kanda ka riski, et vaidlustuse esitamisel on vajalik pöörduda hankija asukohariigi vaidlusi läbivaatava organi poole. See võib ettevõtjale tuua kaasa õigusabikulud, kuid juurdepääs vaidlustusmenetlusele on olemas ning õiguskaitsemeetmete direktiividega kooskõlas. Nii peaks käsitlema ka piiriüleseid ühishankeid, olenemata sellest, et hankijad on siis mitu. On küll tõsi, et eeltoodud Eesti ja Läti riigihankeõiguse näite alusel võib diskrimineerimine aset leida, kuid töö autori hinnangul peab seda aktsepteerima seetõttu, et kogu hankemenetlus ja RHAD lähtub Läti riigihankeõigusest. Autori hinnangul oleks vajalik EL-i tasemel riigihankeõigust täiendada, et õiguskaitsemeetmed ka piiriüleste ühishangete iseloomu arvestaksid.

Vähetähtis ei ole ka hanketeade. Hankemenetluse avalikustamine ja alustamine käib üldiselt läbi avaldatava hanketeate. See on kohustuslik nõue, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.¹⁷⁵ Hanketeade sisaldab infot nii (ühis)hankijate kohta, pakkumuste esitamise võimalusest ja tingimustest.¹⁷⁶ Hanketeates peab sisalduma ka info piiriülesele hankemenetlusele kohaldamisele tulevast riigihankeõigusest (RHS § 44 lg 4) nagu on seda teinud Sotsiaalministeerium vaktsiinide ostmise hanketeates.¹⁷⁷ Nii argumenteerivadki Cavallo Perin ja Racca, et vaidlustusmenetluses on märkimisväärse tähtsusega sisukas ja ammendav hanketeade, mis peaks ka piiriülestes ühishangetes olema prevaleerivad.¹⁷⁸ Hanketeatesse märgitakse muuhulgas ka vaidlustusorgan. Võttes aluseks Eesti riigihangete registri, siis hanketeadet koostades saavad hankijad vaikselt valida läbivaatamise eest vastutavaks organiks vaid Eesti riigihangete vaidlustuskomisjoni (hanketeate VI.4 osa). See tähendab, et hanketeate vorm ei ole ette näinud olukorda, kus hankijad omistaksid läbivaatamisõiguse ka mõnele teise riigi läbivaatamisorganile. Autor mõnab, et hanketeadet peaks vaatlema tervikuna ning selleks puhuks võiks kasutada hanketeate lisateabe esitamise välja (hanketeate VI.3 osa), mis on hankija poolt iseseisvalt täidetav. Samas ei pea autor mitme

¹⁷⁵ RHS § 74 järgi on hanketeate esitamine kohustuslik avatud hankemenetluse, piiratud hankemenetluse, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse, võistleva dialoogi või innovatsioonipartnerluse alustamiseks.

¹⁷⁶ Elias, S. RHS § 74/3, 6. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹⁷⁷ Riigihangete registris Sotsiaalministeerium „Ühishange vaktsiinide ostmiseks“ (viitenumber 198831). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726249/notices/notice/1599159/contracting-authority> (10.03.2020).

¹⁷⁸ Racca, G. M., Yukins, C. (viide 48), p 119.

otsust läbivaatava organi kaasamist mõistlikuks ega vajalikuks ning nõustub Sànches-Graells'i seisukohaga, et vaidlustusmenetluseks pädeva organi valik on hõlmatud hankemenetlusele kohalduva õiguse valikuga.

Olukord, kus võib esineda mitu pädevat vaidlustusinstantsi, on raamlepingute alusel hankelepingute sõlmimisel. Raamlepingu sõlmivad kõik hankijad, kes selle alusel asju või teenuseid soovivad tellida. Raamleping annab hankijatele n-ö raamistiku, mille alusel sõlmida individuaalseid või ühiseid hankelepinguid. Hankelepingu sõlmimiseks võib hankija ette näha näiteks minikonkursi, mis on olemuselt sarnane hankemenetlusele endale.¹⁷⁹ Sel põhjusel võib olla ka raamlepingu alusel hankelepingu sõlmimise menetlus vaidlustatav, kui menetluses rikutakse raamlepingu allkirjastanud ettevõtjate õiguseid. Nii võib tekkida situatsioon, kus raamlepingu sõlmimiseks läbi viidud hankemenetluse otsuseid saab vaidlustada ühe riigi (juhtivhankija) õiguse kohaselt, kuid iga individuaalse hankelepingu sõlmimiseks tehtud otsused on vaidlustatavad teiste riikide õiguse alusel ehk raamlepingu alusel hankiva hankija õiguse alusel. Näitena saab tuua HAPPI projekti, milles just selline protsessiõigus ette nähtigi. Raamlepingu alusel hankelepingutega seonduvaid vaidlusi lahendas selle riigi organ, kus asus hankelepingut sõlmiv hankija.¹⁸⁰

Sellist õiguslikku olukorda on kohane analüüsida ka RHS-i alusel. Näiteks Eesti hankija on sõlminud raamlepingu koos teiste hankijatega ning raamleping näeb ette, et hankelepingu sõlmib iga hankija iseseisvalt ning need hankija otsused on vaidlustatavad vastava riigi vaidlustusorganis. Eesti hankija on siis allutatud RHS-is ette nähtud vaidlustusmenetlusele. Autor hinnangul esineb siin probleemkoht, kus RHS-is ette nähtud riigihangete vaidlustuskomisjon ei pruugi olla pädev sellise vaidlustuse lahendamiseks. Nimelt reguleerib RHS § 185 hankija tegevuse vaidlustamist. Muuhulgas on vaidlustusõigus ette nähtud hankija igasuguse otsuse peale, mis RHS-i alusel on tehtud, kui otsus võib rikkuda vaidlustaja õigusi või kahjustada tema huvisid.¹⁸¹ Raamlepingu alusel hankelepingu sõlmimise menetluses tehtud otsuse peale on RHS-i järgi võimalik vaidlustust esitada.¹⁸² Küll aga nähtub RHS § 185 lg 2 p-st 8, et riigihangete vaidlustuskomisjon on piiratud pädevusega – otsus, mida vaidlustatakse, peab olema tehtud RHS-i alusel. Eesti õiguse puhul ei ole väheoluline, et riigihankevaidlustes on riigihangete vaidlustuskomisjon kohustuslik kohtueelne organ ehk vaidlustaja ei saa

¹⁷⁹ RHS § 30 lg 5 järgi on minikonkurss raamlepingu poolteks olevate pakkujate vahel RHS-is ja raamlepingus sätestatud korras korraldatav konkurss, mille eesmärgiks on hankelepingu sõlmimine.

¹⁸⁰ European Commission. (viide 18), p 46.

¹⁸¹ RHS § 185 lg 2 p 8.

¹⁸² RHS § 189 lg 5.

esmajärjekorras pöörduda halduskohtusse.¹⁸³ Eeltoodud näite puhul peaks järelikult raamlepingus ette nägema, et raamlepingu alusel hankelepingu sõlmimise menetlus kohaldub samuti seda menetlust läbi viiva hankija riigihankeõigusele. Eesti riigihangete vaidlustuskomisjoni pädevuse puhul tulebki jõuda järeldusele, et Eesti õiguses pole ette nähtud teise liikmesriigi riigihankeõiguse rakendamist vaidlustusmenetluses. Ka see kinnitab autori eeltoodud järeldust, et vajalik on EL-i tasemel riigihankeõigust täiendada ning see siis riigisisiseses õiguses legitimeerida.

Jõudes hankijate omavahelise vastutusele, mis hankemenetluse alusel hankijatele omistatav on, siis selgubki koostöölepingu sisu olulisus. On argumenteeritud, et hankemenetluse käigus otsuste tegemine peab olema hankijatevahelise koostööüksuse (moodustatud koostöölepinguga) ehk n-ö juhtgrupi pädevuses. Nimetatud üksuse töös osalevad kõigi hankijate kontaktisikud, tagades otsuste õiguspärasuse.¹⁸⁴ Näiteks Balticconnector'i projektis moodustatud juhtgrupi pädevuses oli muuhulgas kinnitada hankemenetluse tulemused. Lisaks oli vastutus üldiselt sätestatud nii, et iga osapool vastutab enda poolt tekitatud puuduste osas, mille osas sellel osapoolel konkreetne kohustus oli.¹⁸⁵ Kui koostöölepingust selguvad vastutuse kindlad piirid ning sealjuures ei anna koostöölepingus moodustatav juhtgrupp kooskõlastusi otsustele, millest neil sisuliselt arusaama pole (nt otsus on võõrkeeles), siis on hankijate omavahelise vastutuse osas risk vajalikul määral maandatud.

2.3 Vahekokkuvõte: piiriülese ühishanke edukas teostamine

Esimeses peatükis analüüsis autor piiriülese ühishanke regulatsiooni õigusselgust kui selle väljatöötamise eesmärki. Siiski, grammatilise tõlgenduse kohaselt ei ole õigusselgus saavutatud ning nii direktiiv kui RHS annab koostöölepingu sisule ebaselgeid kohustusi.

Töö autor selgitas, et koostöölepingut peab oma sisu poolest vaatlema tsiviilõigusliku lepinguna. See on kantud eelkõige põhimõttest, et direktiiv ise viitab, et koostöölepingule antud

¹⁸³ TlnHKm 27.06.2016, 3-16-1242, p 6. – Viidatud Parind, M., Pilving, I. RHS § 187/4. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹⁸⁴ Reinisch, A. International Organisations before National Courts. Cambridge University Press, 2004, p 379. – Viidatud Heuninckx, B. Applicable Law to the Procurement of International Organisations in Europe. University of Nottingham, Fourth Public Procurement Research Students Conference, 7.-8.09.2009. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2009/baudouin%20heuninckx.pdf> (01.04.2020), p 3.

¹⁸⁵ Ing. k „The Parties shall be liable for, /.../ any claims and damages /.../ caused by any defect or deficiency in the Party's performance with respect its own responsibilities under this Contract.“

sisu täiendavad Rooma I määruses toodud kollisiooninormid. Rooma I määrus reguleerib tsiviilõiguslikke suhteid. Autori hinnangul on oluline jõuda Eestis koostöölepingule kohalduva õigusvaldkonna osas selgusele, kuna hetkel annab olemasolev kohtupraktika ja HKTS ebaselgeid vastuseid sellele, kuidas määratleda koostöölepingut Eesti õiguse alusel, kui Eesti hankija on muuhulgas ka haldusorgan. See on oluline, kuna avalik-õiguslikud regulatsioonid sisaldavad endas kohustuslikke protseduurireegleid koostöölepingu sõlmimiseks ning ka selle sisule. Arvestades direktiivis toodud piiriülese ühishankimise eesmärgi, siis tuleks võtta eeldus lepingu tsiviilõiguslikus sisus. See tagaks hankijatele maksimaalse paindlikkuse ning muudaks koostöö efektiivseks, mida taotleb ka direktiiv oma üldise eesmärgina.

Koostöölepingu sisu osas analüüsis autor, et kohustusliku kohalduva õiguse määramise all on seadusandja pidanud silmas hankemenetlusele kohalduvat õigust. See aga ei tähenda, et hankijate vahelisele koostöölepingule poleks vaja kohalduvat õigust määrata. Arvestades senini ebamäärast praktikat piiriüleste ühishangete koostöölepingute õigusliku kvalifikatsiooni osas, peaks koostöölepingule kohalduv õigus kindlasti reguleeritud olema, kuna selle puudumise korral ei ole käesoleval hetkel veel ainuõigeid ja kinnitatud juhiseid selle määramiseks. Siiski lähtub töö autor, et tegemist on tsiviilõigusliku lepinguga ning kohalduv õigus määratakse siis vastavalt Rooma I määrusele.

Autori hinnangul on koostöö kõige olulisemaks aluseks hankemenetluse kohalduva õiguse valik. Hankemenetlusele kohalduva õiguse valikul peaks pidama automaatseks ka vastava õiguse alusel vaidlusi lahendava organi pädevust. Eesti riigihangete vaidlustuskomisjoni näitel tõi autor välja, et praeguse seadusandluse juures ei ole võimalik Eesti riigihangete vaidlustuskomisjonil teise riigi riigihankeõiguse alusel tehtud otsuseid läbi vaadata. Probleeme esineks ka otsuste tunnustamise ja täidetavaks tunnistamisega, kui selleks peaks vajadus esinema. Selline lünk õiguskorras vajab EL-i ülest harmoneerimist, mis 2014. a direktiivide vastuvõtmisel tegemata jäi. Seda seisukohta on korduvalt ka õiguskirjanduses esitatud.

Koostöölepingut on vaja pidada hankijatele äärmiselt vajalikuks. Selle sisu ja sõlmimine pole pelgalt õigusnormi täitmine, sest piiriülesel koostööl esinevad kitsaskohad, mille osas kõik hankijad ei tohiks vastutust võtta. Nii näiteks tuleb võtta eeldus, et kõik hankijad ei peaks võtma vastutust hankemenetluses tehtud otsuse eest, kui hankemenetluse viib läbi vaid üks hankija. Omavahelise vastutuse probleem võib esineda, kui hankemenetluses tehtud juhtivhankija otsus vaidlustatakse, hankemenetluses tehtud otsused on juhtivhankija riigikeeles, mida teised hankijad ei valda, juhtivhankijalt mõistetakse välja vaidlustuse tulemusena kahju või

õigusabikulud jne. Koostööleping tagab, et hankijatel on võimalik esitada regressinõudeid ja vaidlusi pidada läbi kohtu- või arbitraažimenetluse.

Töö autor peab vajalikuks kokkuvõttes esitada ka võimalik lahendus, kuidas hankijad saavad kindlust piiriülese projekti teostatavuse ja seaduspärasuse kohta. Direktiivi artiklis 39 lg 4 esitatud kohustuslike eelduste täitmist on nüüdseks võimalik enne hankemenetlust kontrollida. Euroopa Komisjoni 2017. a koostatud teatise hankeaspektide vabatahtliku eelhindamise kohta selgitatakse, et piiriüleseid suurprojekte iseloomustab riigihankemenetluse keerukus (sh menetluses tehtud vigade ja puuduste kõrvaldamine), mis tulenevad riiklike õigusraamistike erinevustest. Komisjon kinnitab, et EL-i tasandi ühtlustamine, võimaldades riigi tasandil siiski paindlikkust, võibki olla probleemide allikaks.

Pärast 2014. a direktiivi vastuvõtmist oli EL-i järgmiseks riigihankepoliitikat tugevdavaks meetmeks vabatahtliku eelhindamise võimaluse andmine. 2015. a nähti ühtse turu täiustamise strateegilise eesmärgina eelhindamise võimalust suurte taristuprojektide puhul, sh oli Euroopa Komisjoni poolt lubatud ka hinnangu andmine kavandatud hankemenetluse dokumentidele.¹⁸⁶ Töö autori hinnangul saab see olla võimaluseks, kuidas hankijad saavad veendunud piiriülese ühishanke õiguslike aspektide kooskõlas EL õigusega. Käesolevaks hetkeks on rakendus töösse viidud¹⁸⁷, aga tegevuskavasse oli see sisestatud juba 2017. a eesmärgina.¹⁸⁸ Siiski leidub veel 2017. a avaldatud teatise tegevuskava muudatus: töötada välja suurte taristuprojektide eelhindamise mehhanism hiljemalt 2018. a lõpuks.¹⁸⁹

Eelhindamise mehhanismi saab edukalt rakendada piiriüleste projektidega ettevalmistamisel ning lepingu (eeldatava) maksumuse minimaalseid lävendeid ei kehtestata juhul, kui tegemist on suure tähtsusega projektiga (vastasel juhul on projekti minimaalne maksumus 250 miljonit eurot), mis on hankijale või EL-ile oluline. Hinnangu projekti olulisusele annab komisjon. Hindamisse pääsevad igat liigi taristuprojektid, sh näiteks IKT valdkond. Siiski, väikeseid alamprojekte hõlmavad raamlepingud eelhindamise alla ei kvalifitseeru. Komisjon annab projektile hinnangu hiljemalt kolme kuu jooksul vastavasisulise taotluse esitamisest.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Euroopa Komisjon. (viide 2), lk 14.

¹⁸⁷ Kõik küsimused tuleb esitada selleks ettenähtud elektroonilise süsteemi kaudu. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>. Kogu teabevahetus käib elektroonilise süsteemi kaudu.

¹⁸⁸ Euroopa Komisjon. (viide 2), lk 20.

¹⁸⁹ Euroopa Komisjoni teatis (viide 1), lk 14.

¹⁹⁰ Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide komiteele. Investeerimise soodustamine suurte taristuprojektide hankeaspektide vabatahtliku

Komisjon on teatises kinnitanud, et direktiivi artikli 39 kohaste piiriüleste ühishangete küsimustes ja koostatud RHAD-le hinnangu saamiseks on taoline *ex-ante* hindamine lubatav ja otstarbekas. Veelgi enam, teatises on esitatud näitematerjal, millised küsimused on eelhinnanguks sobivad ehk „kui raudteeliin ühendab kaht eri riiki, võib kasutajatoe poole pöörduda ka selleks, et: küsida selgitusi lepingu kohta, mis tuleb sõlmida ühishanke korraldamiseks kahe riigi avaliku sektori hankijate vahel; teha selgeks kohaldatav hankekord juhaks, kui kaks liikmesriiki soovivad projekti teostamiseks luua ühisettevõtte.“¹⁹¹

Töö autor näeb probleemi faktis, et kuigi eelhinnang võimaldab hankija(te)l kohustuslike direktiivist tulenevate normide täitmist kontrollida ning kõrvaldada menetlusvea risk enne, kui need jõuavad hankemenetluses realiseeruda, ei ole tegemist juriidiliselt siduva hinnanguga.¹⁹² Komisjon on märkinud: “Seisukohad, mida komisjoni talitused on oma hinnangus väljendanud, ei ole õiguslikult siduvad ei mehhanismi kasutajate ega komisjoni jaoks ning ei piira asjakohaste eeskirjade tõlgendamist Euroopa Liidu Kohtu poolt.”¹⁹³

Positiivseks saab pidada eelhindamises antud vastuste avalikkust: need publitseeritakse anonüümsel ja konfidentsiaalsel kujul. See võimaldab hankijatel üle Euroopa tutvuda Euroopa Komisjoni seisukohtadega direktiivi kohaldamise osas. Töö autor peab sellise strateegilise teadmusbaasi loomist äärmiselt kasulikuks vahendiks: hankestrateegia määramine on alati olnud keeruline, kuid omab projekti rahalise ja ajalise õnnestumise perspektiivist kõige olulisemat kaalu.¹⁹⁴ Dokumentide ja strateegiate eelhindamisse andmise võimalus aitab leida hankijatel õiguslikku kindlustunnet, kuid arvestama peab ajas muutuda võiva hinnanguga EL-i institutsioonide kui ka Euroopa Kohtu käsitluses.

eelhindamise kaudu. Strasbourg, 3.10.2017, COM(2017) 573 final. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0573&from=et> (03.12.2019), lk 3-4.

¹⁹¹ *Ibid*, lk 6-7.

¹⁹² *Ibid*, lk 8.

¹⁹³ *Ibid*. joonealune märkus nr 10, lk 4.

¹⁹⁴ Euroopa Komisjon. Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluste suunised kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastatavate projektide puhul. 27.09.2018. Arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/ga/publication-detail/-/publication/1f1c8329-c2c8-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-et> (11.03.2020), lk 35.

3. Piiriülese ühishanke tulemusena sõlmitud hankelepingu täitmine

3.1 Hankija määratlemine hankelepingus ja hankelepingu õiguslik olemus

Koostöölepinguga piiriülese ühishanke raames hankelepingu sõlmimisel võib eristada mitut lubatud varianti¹⁹⁵, näiteks:

- a) Hankelepingu sõlmib üks hankija;
- b) Hankelepingu sõlmivad kõik hankijad;
- c) Raamlepingu sõlmivad kõik hankijad, raamlepingus on sätestatud hankelepingu(te) sõlmimise tingimused kõikide või üksikute hankijate poolt.¹⁹⁶

Alused, kes ja kuidas hankelepingu või raamlepingu sõlmivad, tulenevad sõlmitud koostöölepingust või alternatiivselt juhtgrupi otsustest või kinnitatud RHAD-st.¹⁹⁷

Hankelepingu sõlmimist ühe hankijaga on pidanud lubatavaks Euroopa Kohus asjas C-216/17, milles viidati ka riigihangete koondamiste positiivsele mõjule – mastaabisäästule – ning esitati vaid ühe hankijaga sõlmitud lepingu reegel: „Hankija võib tegutseda enda ja teiste hankijate nimel, kes on eraldi ära märgitud, kuid ei osale selle raamlepingu sõlmimises otse, kui avalikustamise ja õiguskindluse nõuded ning sellest tulenevalt läbipaistvuse nõue on täidetud.“ Täiendava kriteeriumina esitas kohus, et hanke maht ja skoop peab olema osalevatele ettevõtjatele ettenähtav.¹⁹⁸ Tegemist on küll direktiivi 2004/18/EÜ alusel tehtud otsusega, kuid lahend on kohaldatav ka uue direktiivi valguses. Ehk siis, ühe hankijaga sõlmitud hankeleping, millest saavad kasu ka teised hankijad, on lubatav.¹⁹⁹

Hankija määratlemisel tuleb eristada sisesuhet ja välissuhet. Hankelepingu sõlminud ettevõtja jaoks on tellijaks (hankijaks) isik, kes on temaga otseses lepingulises suhtes. Nii on näiteks Elering AS sõlminud hankelepingu lihthankemenetlusega riigihanke „Purchase of Baltic RSC datacenter“ raames ainuisikuliselt, kuid ühishankijatena on määratud ka Läti ja Leedu

¹⁹⁵ Selguse huvides märgib autor, et tegemist ei ole ammendava loeteluga ning võimalikke variante on veelgi. Autor peab esile toodud kolme võimalust kõige tõenäolisemateks viisideks, kuidas lepinguid sõlmitakse, aga mõnab, et koostööleping ja hankeleping võib käsitleda paljusid erinevaid lahendusi.

¹⁹⁶ Punkti c) puhul näiteks riigihangete registris Sotsiaalministeerium „Ühishange vaktsiinide ostmiseks“ (viitenumber 198831). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726249/notices/notice/1599159/contracting-authority> (10.03.2020).

¹⁹⁷ Simovart M. A. RHS § 8/6. - Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.

¹⁹⁸ EKo C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust and Coopservice Soc. coop. arl vs Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) jt*, eelotsusetaotlus.

¹⁹⁹ Racca, G. M., Yukins, C. (viide 48), p 120.

ettevõtted Augstsprieguma tikls AS ja Litgrid AB.²⁰⁰ Hankijate vahelistes suhetes ehk sisesuhte raames on hankijateks ehk tellijateks kõik isikud, kes hankeobjekti vajavad ja kes on koostöölepingu alusel juhtivale hankijale vastava volituse menetluse läbiviimiseks ja/või lepingu sõlmimiseks andnud. Juhul kui välissuhte raames on tellijaks vaid üks hankija, on koostöölepingus vältimatult vajalik määratleda hankijate vahel tasu maksmine, objektide omavaheline jaotus (kasutusõigus, omandiõigus, intellektuaalomandi õigused jne) ja hankelepingust tulenevate nõuete esitamise õigused ja/või kohustused, mis tavapärase käsitlusega peaksid olema reguleeritud hankelepingus. Vastaselt juhul võib hankelepingu alusel pidada täitja poolt valmistatud eset vaid ühele hankijale kuuluvaks ning teised koostöölepingu partnerid (hankijad) juriidiliselt objekti osas mingit õigust ei oma.

Selguse huvides on vajalik rõhutada, et koostööleping ja hankeleping on eraldiseisvad õigussuhted ning lepingulisi nõudeid on võimalik esitada vaid selleks õigustatud isikutel ehk lepingu pooltel.

Mõlema poole riske, mida eri variantide rakendamine kaasa toob on käsitletud järgmistes alapeatükkides. Selleks, et järgmistes alapeatükkides anda ammendav vastus kohalduva õiguse probleemile ja erinevate nõuete esitamise võimalustele, tuleb selgitada hankelepingu õiguslikku olemust. Konkreetsuse huvides on järgnev selgitus kantud Eesti õiguses kehtivatest põhimõtetest. Tuleb rõhutada, et mitte igas liikmesriigis ei ole hankeleping tsiviilõiguslik leping – näiteks Prantsuse õigus käsitleb neid halduslepingutena.²⁰¹ Tuues näitena Prantsusmaa, on piiriülese koostöö tegemine võimalik teatud tingimustel riigihankeõigusest välja lülitada.²⁰²

Eesti on riigihankeõiguse kehtestamisel järginud traditsioonilist mudelit, mis tähendab, et hankelepingud on täielikult eraõiguse valdkonda kuuluvad, olenemata hankija määratlemisest avalik-õigusliku isikuna. See tähendab ka seda, et hankelepingulised vaidlused lahendab tsiviilkohus.²⁰³ Simovart on doktoritöös väljendanud seisukohta, et riigihankelepingutes on lepinguvabadus piiratum, tuues näitena eraturgude teistsuguse, kasumile orienteeritud

²⁰⁰ Kaheosalise hanke hankelepingute vormid on kättesaadavad “Dokumendid” alajaotusest. Riigihangete registris Elering AS „Purchase of Baltic RSC datacenter“ (viitenumber 198759). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726177/general-info> (20.03.2020). Poolte vahel sõlmitud koostöölepingu koopia on töö autori valduses.

²⁰¹ Hirvoja, M. Haldusleping. Mõiste, kasutusala ning mõned olulised õiguslikud jooned. Juridica 1999/7, lk 327 – Viidatud Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihangetes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoriväitekiri. Juhendajad Carri Ginter, Irene Kull. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 125.

²⁰² France. Public Procurement 2020. Arvutivõrgus: <https://iclg.com/practice-areas/public-procurement-laws-and-regulations/france> (14.04.2020).

²⁰³ Simovart, M. A. (viide 201), lk 35 ning samas viidatud kohtulahendid.

funktsioneerimise. Riigihankelepingute eesmärk on avaliku huvi teenimine.²⁰⁴ Eestis on riigihankelepingud reguleeritud nii riigisiseses õiguses (eraõigus), aga põhjendatud juhul võib esineda vajadus EL-i riigihangete üldpõhimõtete (nt võrdne kohtlemine) rakendamiseks.²⁰⁵

Arvestades, et hanklepingu täitmine kuulub eraõiguslikku valdkonda, siis märgib töö autor, et olenemata Rooma I määruse põhjenduspunktist 11 tulenevast printsiibist, et lepingupoolte vabadus kohaldatavat õigust valida peaks olema lepinguliste võlasuhete asjades rahvusvahelise eraõiguse süsteemi nurgakivi, võib esineda ka olukord, et hankleping ei näe ette sellele kohalduvat õigust ning sellisel juhul kohaldatakse kohalduva õiguse kindlaksmääramisel Rooma I määrust. Kohalduva õiguse ja kohtualluvuse osas on prioriteetsemad õigusabilepingud. Eesti on vastava õigusabilepingu sõlminud Venemaa²⁰⁶, Ukraina²⁰⁷, Poola²⁰⁸ ning Läti-Leeduga.²⁰⁹ Järgmised peatükid selgitavad hanklepingule kohalduva õiguse määramise hädavajalikkust ning võimalikke probleeme, mida poolte vaheliste kokkulepete puudulikkus või täielik puudumine endaga kaasa toob.

3.2 Nõute esitamine hankija(te) vastu ning selle seos vastutuse ja kohalduva õiguse määramisega

Hankija(te) vastu on võimalik nõudeid esitada nii hanklepingupartneril (edaspidi täitja) kui ka teistel ettevõtjatel. Täitja hanklepingulised nõuded on eelkõige tasu maksmise nõuded, kuna see on hankija põhiline sooritus. Tasu maksmise eest vastutab hankija, kes on selleks hanklepinguliselt kohustatud. Hankijate solidaarvastutus²¹⁰ võib kõne alla tulla juhul, kui see on hanklepingus ette nähtud või sätestatud seaduses. Eesti õiguses kehtib eeldus, et vastava kokkuleppe puudumisel eeldatakse solidaarvastutust.²¹¹ Näide kokkuleppe puudumisest on Elering AS-i ja AS Conexus Baltic Grid (ühiselt tellijad) poolt sõlmitud raamleping IT-arenduste teostamiseks. Raamlepingu alusel sõlmiti hanklepinguid ning hanklepingute

²⁰⁴ Bovis, C. Financing services of general interest, public procurement and state aid: the delineation between market forces and protection. *Columbia Journal of European Law* 10, 2003-2004, pp 420-421. – Viidatud Simovart, M. A. (viide 201), lk 37-38.

²⁰⁵ Simovart, M. A. (viide 201), lk 40.

²⁰⁶ Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades. – RT II 1993, 16, 27.

²⁰⁷ Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades. – RT II 1995, 13/14, 63.

²⁰⁸ Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades. – RT II 1999, 4, 22.

²⁰⁹ Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. – RT II 1993, 6, 5.

²¹⁰ VÕS § 65.

²¹¹ Käerdi, M. VÕS § 65/4.3.1. – Võlaõigusseadus I. Komm vlj. 2. vlj. Tallinn: Juura 2016.

sõlmimise õigus oli hankijatel ühiselt ja ka eraldiseisvalt. Sellest raamlepingust tulenes, et juhul kui mõlemad tellijad on hanklepingu pooleks, tasuvad nad täitja poolt esitatud arve ühiselt kahes osas.²¹² Solidaarvastutus oli välistatud osades, mida üks tellija iseseisvalt tellib ehk siis on üksikult hanklepingus tellija poolel, kuid mitte ühiselt sõlmitud hanklepingutes. Täitjale tähendas see seda, et juhul kui üks tellijatest hilineb või ei ole nõus ühist arvet tasuma, võis täitja tasunõude esitada mõlemale tellijale. Solidaarvastutust selles osas lepingust ei tulenenud, kuid kuna lepingule kohalduv õigus oli Eesti õigus, siis Eestis kehtivate võlaõiguslike normide alusel eeldas see solidaarvastutust. Kui üks hankija töövõtja tasunõude tervikuna rahuldab, on sellel hankijal koostöölepingust tulenev alus regressinõudeks.²¹³ Alternatiivselt võib regressinõue olla ka hanklepingu alusel. Tasunõudega sarnaselt on tellija määratlemine hanklepingus tähtis ka täitja viivisenõuete puhul, tuues endaga kaasa võimalikud solidaarnõuded kui leping ja/või seadus seda ette näeb.

Muuhulgas tuleneb eeltoodud praktilisest näitest hanklepingule kohalduva õiguse valiku tähtsus, sest teised õiguskorrad võivad solidaarvastutust käsitleda erinevalt. Vähetähtis ei ole ka hanklepingu enda regulatsioon selles küsimuses. Sel põhjusel on nii täitja kui ka hankijate parimates huvides, et regulatsioon hanklepinguliste nõuete esitamise osas oleks selge. Hankijad, soovides riske minimaalsena hoida, peaksid kindlasti loobuma neile solidaarnõuete esitamise võimalusest. Täitjate vaatevinklist on sellise võimaluse olemasolu lepinguliste nõuete eduka esitamise ja rahuldamise tagamiseks vajalik.

Lepingu täitmisel on ka õiguskaitsemeetmed riigihankeõiguse osana olulisel kohal. Konkurentsi kaitsmise eesmärgil on hankija tegevuse osas võimalik esitada nõudeid ka kolmandatel isikutel.²¹⁴ Kui hankemenetlus lõpeb ehk sõlmitakse hankleping, võivad kolmandatele isikutele avaneda õiguskaitsemeetmed enda huvide kaitsmiseks hanklepingu lubamatul muutmisel.

Hanklepingute muutmise osas leiab töö autor, et seoses kohalduva õiguse ja vastutusega ülesse kerkivaid küsimusi on hulgi ning piiriülese ühishanke võimaldamine toob endaga kaasa mitmeid sisulisi kui ka formaalseid probleeme. Hanklepingu muutmise lubatavus on ette nähtud direktiivis juhul, kui see ei too endaga kaasa hanklepingu olulist muutmist. Vastasel

²¹² Ing. k „*shall pay one half of the invoice*“.

²¹³ Riigihangete registris Elering AS “Common IT platform development for gas transmission and balancing services” (viitenumber 205715). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1552600/general-info> (13.04.2020).

²¹⁴ Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonutusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. Juridica VI/2014, lk 423.

juhul on hankija kohustatud läbi viima uue hankemenetluse.²¹⁵ See tähendab, et riigihankeõigus, mis kuulub avalik-õiguslikku valdkonda, piirab poolte tsiviilõiguslikku suhet avalik-õiguslike normidega. Nagu eelmises peatükis viidatud, siis mitte igas liikmesriigis ei ole hankeleping tsiviilõiguslik leping.²¹⁶ Probleemi olemuse selgitamiseks kirjeldab autor järgmist olukorda: Eesti ja Läti hankijad sõlmivad omavahel koostöölepingu, milles näevad ette, et hankemenetluse eest vastutab Eesti hankija vastavalt RHS-is nõutule. Hankeleping, mille pooled täitjaga sõlmivad, näeb kohalduvaks õiguseks ette Läti õiguse. Esineb olukord, kus hankijad soovivad hankelepingut muuta. Sellest olukorrast tekivad järgmised küsimused:

- a) Millise riigi riigihankeõiguse alusel hankelepingu muudatus tehakse?
- b) Kes esitab riigihangete registrile hankelepingu muutmise teate Euroopa Liidu Teatajas avaldamiseks juhul, kui seda nõuab direktiivi artikkel 72 (Eesti riigisisene regulatsioon RHS § 123 lg 5)?
- c) Millise riigi riigihangete registrile hankelepingu muutmise teade esitatakse (Eestis käib selle teate esitamine läbi riigihangete registri vastavalt RHS § 123 lg 5)?

Nende küsimuste lahendamisel ei ole direktiivis ega riigisiseses õiguses ühemõttelist vastust. See tähendab, et seadusandja on olulisel määral jätnud arvestamata piiriüleste ühishangete kõikide etappidega ning õigusselgust selles osas ei ole loodud. Kuigi hankemenetlus lõpeb hankelepingu sõlmimisega, peaks hankelepingute muutmised käima hankemenetlusele kohalduva õiguse alusel. Seda põhjusel, et direktiiv ja RHS kitsendavad eraõigusliku lepingu täitmist selleks, et tagada riigihangete üldpõhimõtete sekundaarne kaitse.²¹⁷ Direktiiv ja RHS näeb ette ka teisi hankelepingu täitmise kitsendusi. Analoogia korras võib esitada direktiivi artikkel 71 lg-s 3 toodud võimaluse otsemakseteks alltöövõtjale. RHS-is on vastav norm sätestatud § 122 lg-s 9. Ehitustööde puhul sõlmitud leping on samuti tsiviilõiguslik, aga RHS näeb direktiivi nõudel ette võimaluse alltöövõtjatele toetamiseks, kes tavaliselt on väikese ja keskmise suurusega ettevõtted, tehes maksed otse alltöövõtjale, kui peatöövõtja tasu maksmise kohustust omalt poolt ei täida. See norm on näiteks, kuidas riigihankeõigus sekkub poolte tsiviilõiguslikesse suhetesse, nagu ka hankelepingu muutmisel.

²¹⁵ Direktiivi põhjenduspunkt 107.

²¹⁶ Hirvoja, M. (viide 201), lk 327. – Viidatud Simovart, M. A. (viide 201), lk 125.

²¹⁷ Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. *Sine loco, sine anno*. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/hankelepingu_muutmine_1_15.pdf?download=1 (28.04.2020), lk 1.

Kuna hankemenetlus lähtus näite puhul Eesti RHS-ist, siis tuleks nende avalik-õiguslikes normides sisalduvate kitsenduste rakendamisega jätkata. Erinevate riikide avalik-õiguslike riigihankeõiguses kitsendusi loovate normide üheaegne rakendamine ei ole otstarbekas, samuti ei loo õiguselgust teise riigihankeõiguse rakendamine pärast hankemenetluse formaalset lõppu. Veelgi enam, praktikas võivad pooled sõlmida hankelingu, milles on mõne neutraalse riigi õiguse kohaldamine. See ei ole küll hankelingu puhul tavapärane, aga mitte võimatu. Kui hankelingu peaks muutma hankelingu kohalduva õiguse riigihankeõiguse alusel, võivad hankijad sattuda täiesti teistsugustesse, hankijate riigihankeõigusega kokkupuutumust mitteomavate õiguskordadeni. RB Rail AS-i esindaja kinnitusest lähtutakse ka Rail Baltica projektil põhimõttest, et RB Rail AS on hankija, kellele kohaldub Läti riigihankeõigus (ettevõtte registreeritud Läti äriregistris) ning kõik hankelingu muudatused lähtuvad Läti riigihankeõigusest, kui RB Rail AS neid hankeläbi viib. Hankelingu täitmisel on aga praktilistel põhjustel vajalik kohaldada näiteks Eesti ehitusõigust reguleerivaid õigusakte.²¹⁸

Võib väita, et selguse huvides tuleks piiriüleste ühishangete puhul hankelingu muudatustele kohalduv riigihankeõigus alati lepingus fikseerida. Autori valduses ja käesolevas töös viidatud koostöölepingute sisu ei määra kunagi ära hankelingu muutmise olukordi, vaid reguleerivad hankemenetluse läbiviimise protsessi, v.a ühes lepingus, mille on sõlminud Aktsiaselts Eesti Raudtee Läti partneriga. See koostööleping näeb hankelingu kohalduva õiguse osas ette detailse loetelu olukordadest, mis hankelingu täitmisel ette võivad tulla ning mil kohaldatakse selle riigi õigust, kus töid teostatakse: õiguskaitsevahendite kasutamine, lepingu sätete tõlgendamise reeglid, lepingu muutmise reeglid. Muuhulgas on vajalik märkida, et hankemenetlusele on kohalduv Läti riigihankeõigus, kuid nagu ülal toodud, võib hankelingu kohalduda ka Eesti õigus.²¹⁹ Selle lepingu puhul on pooled jätnud hankelingu muutmisel kohaldamata hankemenetlust läbi viinud hankija riigihankeõiguse. Omaette küsimus on, kas hankijatel on lubatud sellist kokkulepet sõlmida. Sellele küsimusele seadusandlus vastust ette ei näe ning töö autori hinnangul vajab eri õiguskordade kohaldamine mitmeetapilises koostööprojekti täpsemaid suuniseid.

Sellised küsitavused kohalduva õiguse kohta ei kerkiks juhul, kui hankemenetlus ja hankelingu kohalduv õigus oleks ühe ja sama liikmesriigi õigus. RHS-i kommenteeritud väljaandes asub Karindi-Kask seisukohale, et hankijad peaksid juba koostöölepingus kokku

²¹⁸ RB Rail AS esindaja 28.04.2020 vastus, vt käesoleva töö lisa 1.

²¹⁹ Koostöölepingu koopia on töö autori valduses. Töö autorile on antud konfidentsiaalsuskokkuleppe alusel lepinguosaliste nõusolek töö teemaga seonduvate koostöölepingu punktide analüüsimiseks käesolevas töös.

leppima ka hankelepingule kohalduva õiguse, kuid möönab, et sellist kohustus RHS § 44 ei sätesta ning viitab uuringule, milles raporteeriti, et kõige vähem probleeme esines projektides, kus hankemenetlusele ja hankelepingu täitmisele kohaldus ühiselt ühe liikmesriigi õigus.²²⁰ Tõepoolest võiks selline valik olla lepingu täitmisel hõlpsam, kuid töö autori hinnangul kaotaks piiriülene ühishankimine sel puhul oma eesmärgi – pakkuda hankijatele paindlikkust. Nii näiteks võivad pooled küll otsustada, et Eesti hankija korraldab hanke, sest asjaolude pinnalt on selline teguviis efektiivsem ja säästlikum, aga hankelepingu olemuse tõttu ei ole mõistlik hankelepingule kohaldada Eesti õigust, kuna mingisugune füüsiline ehitatav objekt asub Lätis vmt.

Arvestades hankemenetluse tihedat seotust registritoimingutega leiab autor, et hankelepingute muudatused tuleb esitada selle riigi registrile, kus toimus algne hankemenetlus. On tehniliselt võimatu, et teise riigi register, kus hankemenetlust ei toimunud, esitab Euroopa Liidu Väljaannete Talitusele hankelepingute avaldamise või muutmise teateid. Selle kohustuse täitmisel on pädevaks hankijaks hankemenetluse eest vastutanud hankija ja tehniliselt võimekas vaid selle riigi riigihangete register.²²¹ Autor peab siiski võimalikuks, et selline muutmise teade võib hankijal esitamata jääda juhul, kui ta ei ole hankelepingus ise tellijaks ehk siis pole hankelepingu muutmise teadlik ning teine hankija vastavat infot, mh mille alusel hankelepingu muutmine toimus, ei edasta. Hankelepingu muutmise aluse korrektse valiku eest vastutab hankija, kes on lepingus tellijaks. Väheoluline pole ka asjaolu, et hankelepingus ainukeseks tellijaks määratud hankija võib olla kohustatud rakendama teise (hankemenetlust juhtinud) riigi riigihankeõigust ja leidma vastavad õiguslikud alused hankelepingu muudatuseks. Muuhulgas võib olla võimalik hankelepingu muutmine alusel, mis toob endaga kaasa sellest teatamise kohustuse²²², kuid muudatus ise ei ole niivõrd oluline (näiteks suure rahalise väärtusega) ning aruandekohustuslik hankija jääb lepingu muutmise infost ilma.

RHS § 123 eesmärk on ennetada riigihankelepingute lubamatut muutmist ning lepingupartneri soodustamist pärast formaalse hankemenetluse lõppu. Tegemist on eraõigusliku lepingu muutmise piirangutega, mis tulenevad küll direktiivist, kuid mille peab sätestama iga liikmesriigi riigisisene õigus. Hankelepingu muutmise regulatsiooni osas tuleks ülal toodud näite kohaselt siiski järgida hankemenetlusele kohalduvat õigust (ehk Eesti RHS). Kuna liikmesriikide üleselt on hankelepingu muutmise riigisisene regulatsioon kantud direktiivi

²²⁰ European Commission. (viide 18), pp 27, 38, 57. – Viidatud Karindi-Kask. RHS § 44/7.

²²¹ RHS § 183.

²²² Näiteks RHS § 123 lg 5 järgi esitab hankija RHS lg 1 p 3 või 4 alusel tehtud muudatuse kohta registrile hankelepingu muutmise teate kümne päeva jooksul muudatuse tegemisest arvates.

põhimõtetest, siis puudub sellises olukorras oht lubamatuteks muudatusteks, mis võiksid olla tühised. Hankelepingu muutmise lubatavuse piiramine kannab endas pakkujate võrdse kohtlemise printsiibi rakendamist.²²³ Ei ole alust arvata, et eeltoodud näite põhjal Eesti riigihankeõiguse rakendamine hankelepingu muutmise küsimuses selles osas ettevõtjaid ebavõrdselt kohtleks. Autor mõõdab, et teise riigihankeõiguse rakendamine võib kaasa tuua keelelisi barjääre, mis on muidugi ületatavad. Hankelepingulises suhtes opereerivale hankijale lepingu kestvuse jooksul teise liikmesriigi riigihankeõiguse kohaldamine peab piiriülese ühishanke puhul olema iseenesest mõistetav ning vastavad käitumisjuhised tuleks sätestada ka koostöölepingus.

Olles seisukohal, et hankelepingu muutmise lubatavust tuleb hinnata hankemenetlusele kohalduva õiguse järgi, on autori jaoks ilmne ka lubamatute muudatuste jaoks õiguskaitsemeetmete rakendamine just hankemenetlusele kohalduva õiguse järgi. Hankelepingu lubamatu muutmise taunitavuse tõttu on EL kehtestanud õiguskaitsemeetmete direktiivid õiguskaitsevahendite võimaldamiseks isikutele, kes on väidetava rikkumise (hankelepingu lubamatu muudatus) tõttu kannatanud või võivad kannatada kahju.²²⁴ Nii on Eesti seadusandja andnud hankijale RHS § 124 lg 1 p 1 võimaluse lubamatu muudatuse tõttu hankelepingu erakorraliselt üles öelda.

Õiguskaitsemeetmete kasutamine hankijast tellija tegevuse vastu loob piiriülese projekti puhul omaette probleemistiku. Kolmandal isikul, kes ebaseaduslikust muudatusest teada saab, võib olla huvi sellise muudatuse vaidlustamiseks.²²⁵ Õiguskaitsemeetmete direktiivid näevad ette, et iga liikmesriik peab võimaldama selliste muudatuste läbivaatamist kohtus või muu organi poolt.²²⁶

Täiendavalt juhib autor tähelepanu ka raamlepingute täitmise seonduvatele piiriülestele probleemidele. Raamlepingu alusel sõlmitavate hankelepingute sõlmimisel ja täitmisel võib piiriülesus kaasa tuua mitmeid riske. Analoogia korras toob autor välja RHS kommenteeritud väljaandes esitatud riskid kesksete riigihangete teostamisel: „Võib ette tulla olukorras, kus

²²³ Pirbe, T. Hankelepingu muutmise lubatavuse eeldused. Magistritöö. Juhendaja Carri Ginter. Tallinn: Tartu Ülikool 2019, lk 20.

²²⁴ Õiguskaitsemeetmete direktiivid artikkel 1 lg 3.

²²⁵ Riigisisese õiguses on RHS § 185 lg 1 on vaidlustuskomisjonisse pöördumise protsessuaalne alus. Nõude esitamisel on samuti vajalik kohustuslik kohtueelne menetlus. – Amel, A. Õiguskaitsevahendid hankelepingu õigusvastasel muutmisel. Magistritöö. Juhendajad Janar Jäätma, Ivo Pilving. Tallinn: Tartu Ülikool 2019, lk 65.

²²⁶ Simovart. M. A. Enforcement of Ineffectiveness of Unlawfully Modified Public Contracts. *Juridica International* 24/2016. Arvutivõrgus: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2016_1_43.pdf (09.04.2020), p 44.

keskse hankija koostatud raamlepingu tingimused on mitmeti tõlgendatavad ja hankilepingu sõlmimisel tõlgendab hankija neid tingimusi teisiti, kui keskne hankija raamlepingu tingimusi sisustades silmas pidas. Selle tagajärjel võib juhtuda, et hankija sõlmib raamlepingu alusel hankilepingu teistel tingimustel, kui oli ette nähtud esialgses riigihankes. Kuidas jaguneb sellise rikkumise korral vastutus keskse hankija ja hankija vahel, ei ole üheselt selge. Õiguskirjandusele tuginedes ei saa välistada, et ebaselgete tingimuste sätestamise eest kannab vastutust keskne hankija.²²⁷ Töö autor möönab, et raamlepingu alusel hankilepingute sõlmimisele, millele eelneb hankijatevaheline koostööleping, võivad vastutuse küsimused kujuneda sarnaseks. Autori hinnangul on kirjeldatud situatsioon järjekordne näide sellest, kui oluliseks võib osutuda koostöölepingu enda tekst. Hankijad peaksid üheselt mõistma kõiki tingimusi, olema aktiivsed osalejad lepingute sõnastamisel või kooskõlastamisel. See väldib olukordi, kus hankijad võiksid tingimusi erinevalt tõlgendada hakata. Isegi kui selline erinevate dokumentide ebakõla esineb, siis selle tagajärgede osas koostöölepingus ette nähtav vastutus omandab olulise tähenduse.

3.3 Hankilepingust tulenevate nõuete esitamine täitja vastu ning selle seos vastutuse ja kohalduva õiguse määramisega

Hankilepingu täitmisel on täitja vastu praktilisest vaatest kõige tõenäolisem lepingu täitmise nõue ja leppetrahvi nõue. Nagu on esitatud eelmistes peatükkides, oleneb hankilepingu alusel nõuete esitamine sellest, kes on hankilepingus tellijana lepingupartneriks, samuti oleneb palju ka hankilepingu enda sõnastusest. Seega on ka eeltoodud nõuete juures kehtiv printsiip, et nõude saab esitada isik, kes on selleks volitatud. Muuhulgas on ka lepingu rikkumise puhul rakendatavad meetmed vajalik koostöölepingus ära reguleerida, kuna hankilepingu mittenõuetekohane täitmine mõjutab kõiki hankijaid. Näiteks on Elering AS-i poolt sõlmitud koostöölepingus ette nähtud, et hankilepingust tulenevate nõuete esitamine on Elering AS-i pädevuses, olgugi et hankilepingu sõlmisid viis ettevõtet. Siiski oli Elering AS-i pädevus koostöölepingu alusel piiratud ehk (hanke)lepinguliste nõuete esitamiseks oli vajalik saada juhtgrupi nõusolek. Rahaliste nõuete alusel saadu jagati koostöölepingu alusel osapoolte vahel võrdselt.²²⁸

²²⁷ Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. (viide 51), p 504. - Viidatud Karindi-Kask, RHS § 42/6.

²²⁸ Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info>. Koostöölepingu koopia on töö autori valduses.

3. peatüki sissejuhatavas osas analüüsis autor, kuidas mõnes liikmesriigis võib hankelepingut pidada halduslepinguks. Sellisel juhul võib hankija omada täitja suhtes märgatavalt rohkem õiguseid kui seda tavapärase tsiviilõigussuhtes. Näiteks Prantsuse õiguses võib hankijal esineda õigus hankelepingut ühepoolset lõpetada või muuta.²²⁹ See tõik on ka põhjuseks, miks hankelepingule kohalduva õiguse valik on poolte jaoks määrava tähtsusega. Töö autor on seisukohal, et juhul kui hankelepingule kohalduv õigus on määratud, siis kohalduv hankelepingule ainult selle riigi normistik ehk juhul, kui riigisisene õigus näeb hankijale ette suurema ulatuse õiguskaitsevahendite kasutamiseks, siis on nende kasutamine ka õiguspärane.

Selle teemaga on lahutamatult seotud ka küsimus, millise liikmesriigi õigust kohaldada hankelepingule siis, kui valikut selles osas tehtud ei ole. Autor märgib, et on küll vähetõenäoline äärmiselt olulise normi reguleerimata jätmine, aga teoreetilisel tasandil peab sellise eksimuse tegemist võimalikuks pidama. Nagu ülal toodud, viitab direktiiv vaid Rooma I määrusele, mis peaks pooli kohalduva õiguse valikul abistama juhul, kui valikut tehtud ei ole. Rooma I määrus on kohaldatav vaid lepingulistes võlasuhetes ning mitte haldusasjadele.²³⁰ On küll leitud, et Rooma I määruse kohaldamisala peaks olema laiem määruses endas sõnaselgelt öeldud, sõltuvalt lepingulise suhte olemusest ehk näiteks halduslepingute, mis on hankelepingud, küsimusi võiks Rooma I määrus siiski käsitleda, kuna lepingute olemus on ju ikkagi tsiviilõiguslik – asjade ostmine, teenuste või ehitustööde tellimine jne.²³¹ Seadusandja poolt puudub selge juhised, kuidas seda probleemi lahendada ning sellele on viidanud mitmed õigusteadlased nagu Sàanches-Graells ja Lebon.²³²

Ülaltoodu näitab veelgi enam hankelepingule kohalduva õiguse määramise vajalikkust. Direktiiv kohustab hankijaid hoolega jälgima ja valikuid eesmärgistama, et selline valik ei oleks kantud eesmärgist ühe liikmesriigi normidest kõrvalehoidmiseks.²³³ Haldus- ja tsiviilõigusliku lepingu kvalifitseerimise valiku puhul annab see tegelikult vaid hankijale (tellijale) volitusi juurde (halduslepingu puhul) ehk eesmärgiks on sealjuures hankijatele laiemate võimaluste andmine, mitte niivõrd kohustuslikest normidest kõrvalehoidumine.

²²⁹ Simovart, M. A. (viide 201), lk 34.

²³⁰ Rooma I määrus artikkel 1 lg 1.

²³¹ ReNEUAL Research Network on EU Administrative Law. ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure, 2014. Arvutivõrgus: http://www.reneual.eu/images/Home/ReNEUAL-Model_Rules-Compilation_BooksI_VI_2014-09-03.pdf (09.04.2020), p 178.

²³² Näiteks Sàanches-Graells, A. (viide 9) ja Lebon, L. (viide 166).

²³³ Direktiivi artikkel 39 lg 1.

Autor, olles selgitanud hankelepingule kohalduva õiguse tähtsust, toob välja ka võimaluse, et hankelepingule kohaldub mitme liikmesriigi õigus. Seda võimalust kinnitab ka Rooma I määruse artikkel 3 lg 1, et pooled võivad valida kas terve lepingu või üksnes mõne selle osa suhtes kohaldatava õiguse. See olukord võib osutuda reaalselt vajalikuks hankelepingute täitmisel, mida on võimalik selgepiiriliselt jagada. Näiteks juhul, kui Soome ja Eesti hankijad ehitavad Eesti ja Soome vahele gaasitoru, siis hankijad võivad ära määratleda füüsilise asukoha toru poolte vahel jagamiseks ehk Eesti ja Soome õiguse ülemineku piiri. See võib osutuda oluliseks, kui gaasitoru omandiõigus jaguneb selgelt – omandiõigus Eesti hankijale tekib n-ö Eesti poolele, Soome hankijale teisel poolel ehk ühist omandit ei ole. See võib osutuda vajalikuks ka siis kui riigiti kehtivad erinevad kvaliteedinõuded, standardid jms ning neid ei ole (näiteks mahuliselt) otstarbekas RHAD-s kajastada. Juhul, kui töö ei vasta vastavas riigis kehtestatud nõuetele, siis on hankijal kindlasti hõlpsam nõudeid esitada just enda riigis õiguskaitsevahendite kasutamiseks kehtestatud materiaalsete ja formaalsete eelduste täitmisega, mitte lähtuda teises riigis kehtestatud nõuete esitamise eeldustest.

Kuigi eeltoodud õiguslik konstruktsioon on võimalik, ei ole see kuigi tõenäoline. Mitme riigi õiguse kohaldamine on praktikas väga tõenäoline raamlepingute täitmisel. Piiriülese ühise hankemenetluse tulemusena sõlmivad hankijad raamlepingu, milles sätestatakse sellele kohalduv õigus, kuid raamlepingu alusel sõlmitud hankelepingute sõlmimise õigus jääb igale hankijale eraldi/ühiselt. Olenevalt raamlepingu tingimustest, võib hankelepingut pidada eritingimusteks raamlepingu suhtes. Nii on hankelepinguga võimalik muuta poolte vahel raamlepinguga kindlaks määratud kohalduvat õigust ning samuti ka poolte vahelist vastutust. Kohalduva õiguse reguleerimise ebaõnnestunud näiteks saab pidada Eesti Sotsiaalministeeriumi sõlmitud raamlepingut vaktsiinide ostmiseks koos Läti Tervishoiuministeeriumiga. Raamleping nägi küll ette, et vaktsiinide kvaliteet pidi vastama Eestis ja Lätis kehtestatud nõuetele, samuti nähti ette tsiviilkohtumenetluses kohalduv menetlusõigus (Eesti), aga mitte raamlepingule endale kohalduvat õigust. Hankelepingu, mille Eesti hankija iseseivalt müüjaga sõlmis, ei sisaldanud samuti kohalduva õiguse normi tervikuna, vaid nähti ette lepingu lõpetamise jaoks kohalduva õiguse sätted. Autor võib eeldada, et tegemist on eksimusega, kuivõrd eeldati raamlepingu osas kohalduva õiguse ammendavat regulatsiooni (mis sõnastuse järgi siiski Eesti menetlusõigusnormidele viitab). Eesti hankija hankelepingule võib sel põhjusel kohaldada hoopis müüja asukohariigi õigust nagu võimaldab Rooma I määruse artikkel 4 lg 1 p (a). Raamlepingud sõlmiti nii Eesti kui Läti müüjatega. Läti

hankija hankleping nägi ette terviklikuma regulatsiooni, nimelt, et hanklepingule kohaldatakse Läti õigust.²³⁴

Käesolev peatükk selgitas, et koostööleping võib taaskord pooltevahelise koostöö äärmiselt oluliseks vahendiks olla. Koostöölepingu sõlmimisel tuleb läbi mõelda ka hanklepingu täitmise faas, eriti olukordadeks, kus esemeid ei tarnita või töid ei teostada nõuetekohaselt. Samuti on vajalik koostöö, raam- ja hanklepingute omavaheline hierarhia ja kooskõlas, mh kohalduva õiguse osas.

3.4 Vahekokkuvõte: hanklepingu efektiivne ja edukas täitmine

Juba koostöölepingu planeerimise faasis tuleb hankijatel selgeks teha ka hanklepingu täitmise üksikasjad ehk mõelda koostööprojekt läbi iga etapi vaatest. Riskid hankijate vahel peavad olema jagatud õiglaselt ja arvestades iga hankija rolli.²³⁵ Hanklepingu võivad sõlmida kõik hankijad, aga võib esineda ka ühe (juhtiv)hankija kandev roll tellija positsioonis.

Juhul, kui hanklepingu sõlmib teiste nimel vaid üks hankija (juhtivhankija), siis on hanklepingu oluliseks osaks ka tasustamine – kas sinna kaasatakse ka teised hankijad või tasub töö või asjade eest vaid juhtivhankija. Kui juhtivhankija kanda on kõik hanklepingulised kohustused, siis peab koostööleping kajastama juhtivhankijale tagasimaksete regulatsiooni, samuti volitust teiste hankijate nimel lepingu täitmisest või mittetäitmisest tulenevaid lepingulisi nõudeid esitada. Viimase jaoks võib olla vajalik ka koostöölepinguga loodud juhtgrupi nõusolek.

Vajalik on määrata vastutus hankijate vahel ning seda kas hanklepingus või koostöölepingus. Hanklepingus võiks määrata vastutuse siis, kui kõik hankijad on tellija positsioonis. Hankijate vahel võib esineda solidaarvastutust hanklepingu või koostöölepingu alusel. Juhul, kui solidaarvastutus on ette nähtud hanklepingus, siis võib täitja pöörduda iga hankija poole vastava nõudega. Hankijate vahel jagatakse hilisemad solidaarnõudest tulenevad regressinõuded koostöölepingu alusel. Vastutus hankijate vahel peaks olema sõltuvuses igaihe panusest lepingu täitmisesse. Õiglase vastutuse aluseks peab olema põhjalik koostööleping. Nii

²³⁴ Riigihangete registris Sotsiaalministeerium „Ühishange vaktsiinide ostmiseks“ (viitenumber 198831). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726249/general-info> (07.04.2020).

²³⁵ Euroopa Komisjon. (viide 194), lk 58.

näiteks on oluline hankijatel mõista hankelepingusse ja koostöölepingusse sisestatud solidaarse vastutuse tagajärgi.

Hankijatel on vajalik läbi mõelda ka hankelepingule kohalduv õigus. See võib olla sätestatud juba koostöölepingus või hiljem koostatud (ja näiteks juhtgrupi poolt kinnitatud) RHAD-s. Praktilisest vaatest peaks kohalduv õigus olema sama, mis hankemenetlusele kohalduv õigus. Nii ei tekitaks see segadust hankelepingu muutmise regulatsiooni kohaldamisel piiriüleses projektis, kuna nii hankemenetlus (riigihankeõiguse alusel) kui ka hankelepingu täitmine (tsiviilõiguslik leping) lähtuvad samast õiguskorrast. Hankelepingule kohalduva õiguse määramata jätmisel peab pöörduma Rooma I määruse juurde, kuigi autor peab sellist eksimust ebatõenäoliseks.

Kokkuvõte

Direktiiviga 2014/24/EL soodustati piiriülest ühishankimist, eeldades regulatsiooni abil maksimaalse paindlikkuse võimaldamist. Eesmärgiks oli mastaabiefekti saavutamine, hankijate riskide maandamine ning avaliku raha otstarbekaim kasutus pikemas perspektiivis. Üheks piiriülese ühishanke väljundiks on koostöölepingu alusel ühishankimine.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli analüüsida direktiivis sätestatud piiriüleseks ühishankimiseks vajaliku koostöölepingu kohustuslike elementide piisavust piiriüleste ühishangete edukaks realiseerimiseks. Eesmärgi saavutamiseks analüüsis autor, kas direktiivis toodud reeglid loovad piisava õigusselguse. Käesolev magistritöö keskendus mahulise piirangu tõttu piiriülesele ühishankimisele koostöölepingu alusel ning selle mahus uuriti kohalduva õiguse ja vastutuse probleemküsimusi. Töö autor jagas töö kolmeks alapeatükiks, mis põhinevad piiriüleste ühishangete realiseerimiseks vajalikel ajalistel etappidel: (1) koostöölepingu sõlmimine, (2) hankemenetluse ettevalmistamine ja läbiviimine, (3) hankelepingu täitmine. Iga etapi juures peatus töö autor nii õiguslikel kui praktilistel küsimustel, mis piiriülese ühishanke regulatsiooniga kaasnevad ning esitas ebaselge regulatsiooni puhul lahendused ja riskide maandamise õiguslikud vahendid. Autor püstitas hüpoteesi, et direktiivi artikli 39 lg-s 4 ja direktiivist tulenevalt ka RHS § 44 lg-s 4 on piiriüleste ühishangete regulatsioon puudulik kohalduva õiguse ja vastutuse määramise osas ning õigusselguse saavutamiseks on vajalik regulatsiooni täpsustamine.

Töö autor analüüsis teoreetilisele osale praktilise vaate andmiseks autorile kättesaadavaid koostöölepinguid. Töös on välja toodud erinevate hankijate esindajate kirjalikud ja suuliseid vastused, mis ilmestavad töö teemat praktikas esinevate probleemiküsimustega, kuna piiriüleste ühishangete läbiviimist Eesti hankijate seas ei ole uuritud.

Magistritöö analüüs näitas, et piiriülese ühishanke eesmärkideks on mastaabisääst, siseturu arendamine ja õigusselgus koostöö õiguslike aspektide suhtes. Neid eesmärke teenivad nii suuremad kui väiksemad, näiteks lihthankemenetlusega läbi viidud projektid. Eesmärke aitab saavutada fakt, et hankeobjektid ei erine riigiti just märgatavalt. Koostöökanali loomine sõltub seetõttu hankijate enda aktiivsusest ja alternatiivide vajadusest – pole vaja parandada toimivat süsteemi – aga EL eesmärgid nii siiski soosivad. Fakt on, et koostöölepingu alusel piiriülese ühishankeni jõudmine võib hankijatelt nõuda märgatavalt suuremat halduskulu, kuid seda vaid

esimesel korral. Praktika ja koostööharjumus välispartneritega annab aluse efektiivseteks piiriülesteks ühishangeteks ka edaspidi.

Õiguslike probleemide osas analüüsis autor õiguskirjanduses palju kritiseeritud küsimust ehk asjaolu, et koostöölepingu õiguslik kvalifikatsioon on ebaselge ning see võib olenevalt liikmesriigist olla kas tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik. Viimane toob kaasa rea haldusõigusnormide kohaldumist piiriülesele ühishankele, mida EL seadusandja direktiivis ette ei näinud. Võttes arvesse, et EL-il ei ole vajalikku volitust halduskoostööd täielikult harmoniseerida, siis on autor seisukohal, et koostöölepingut tuleb käsitleda tsiviilõigusliku lepinguna. Eeltoodut toetab ka asjaolu, et direktiiv ise viitab koostöölepingu osas Rooma I määrusele ning piiriülese ühishanke eesmärgiks on paindlikkuse tagamine. Halduspraktika näitab ka, et haldusmenetlusõiguse normide võimalikule kohaldamisele Eesti hankijad mõelnud ei ole. Autor esitas ka Eesti kehtiva õiguse pinnalt, et eri riigist hankijate vahel ei ole võimalik tsiviilõigusliku halduslepingu sõlmimine, kuna leping ei anna üle avaliku ülesande täitmist, vaid on vahendiks, kuidas avalikku ülesannet efektiivselt täita. Samuti ei ole ühest arusaama halduseeskirja kohta ning sel põhjusel tuleb selles küsimuses muuta olulisemaks direktiivi enda sõnastus ja eesmärk. Autor on seisukohal, et koostööleping on tsiviilõiguslik leping ning RHS § 44 lg 4 on otse seadusest tulenev volitusnorm selle sõlmimiseks. Koostööst tervikuna tulenev hankijatevaheline vastutus on tugevas sõltuvuses koostöölepingus sätestatuga. Haldusõigusnormide ebaselge kohaldamisala on oluline seadusandjal lahendada, et muuta ka seadusandlus direktiivi eesmärkidele vastavaks – riigihangete paindlik ja efektiivne läbiviimine.

Järgnevalt analüüsis autor RHS § 44 lg 4 kohaldumist lihthankemenetlusega läbiviidud hankemenetlustele, mis muudab koostöölepingu sõlmimise kohustuslikuks kõikide riigihangetele. Koostööleping on mõeldud poolte huvide kaitsmiseks, olenemata hanklepingu maksumusest. Arvestades piiriülese ühishankimise regulatsiooni paiknemist RHS-is on seadusandja sellise huvide kaitsmise ette näinud. Veelgi enam, vastasel juhul ei oleks pooltel (Eesti õiguse alusel) vajalikku volitusnormi piiriülese ühishanke teostamiseks. Küll aga esineb koostöölepingu sõlmimisel märkimisväärne piirang: direktiiv ja RHS keelavad kasutada paindlikke võimalusi kohustuslikest sätetest kõrvalehoidumiseks. See analüüs viis järgmiseni ehk kerkis küsimus, kuidas suhtuda eri riigi hankijatele kohalduvate piirmäärade, veelgi enam, võrgustikusektori ja avaliku sektori hankijate piirmäärade erinevustesse. Kuigi õiguskirjandus peab sama sektori eri riikide hankijatele erinevate piirmäärade kohaldamist ebatõenäoliseks, esitas autor vastupidise näite – Eesti ja Läti avaliku sektori hankijad saavad Eesti hankija kaudu

kasutada lihthankemenetlust, kuigi Lätis oleks tegemist juba riigihankega (kui hankelepingu eeldatav maksumus on nt 50 000 eurot). Avaliku- ja võrgustikusektori hankijatele erinevate piirmäärade juures selgitas autor, et hankija liigitamine ühe või teise kvalifikatsiooni alla on tema enda teha, mistõttu on võimalik ka seeläbi kohustuslikest piirmääradest „kõrvale hiilida“.

Magistritöö analüüs tuvastas piiriülese ühishankimise regulatsiooni olulisema puudusena asjaolu, et direktiiv ega RHS ei täpsusta, millisele etapile kohalduvat õigust peavad hankijad kohustuslikus korras kindlaks määrama ehk kas kohalduv õigus tuleb kokku leppida pooltevahelise koostöö, hankemenetluse korraldamise või hankelepingu täitmise osas. Autor on seisukohal, et sõnastuse all on eelkõige mõeldud hankemenetlusele kohalduvat õigust, kuna vastava kokkuleppe puudumine on sisuliseks takistuseks hanke korraldamisel. Kuigi tegemist on kahtlemata kõige olulisema valikuga, selgitas autor, et tegelikult on väga vajalik ka koostöökokkuleppele endale kohalduv õigus. Samuti selgitas autor praktiliste näidete põhjal, et hankijatel ei ole alati võimalik hankemenetlusele kohalduvat õigust juba koostöölepingus kindlaks määrata, sest koostöölepingud võivad olla ka pikemaajalised ning koostöölepingu alusel teostatud hankemenetlusi palju, kuid sellisel juhul peab olema kokku lepitud protseduur kohalduva õiguse kokku leppimiseks. Eelneva tõttu ongi oluline, et hankijad näeksid ette detailsed protseduurireeglid RHAD koostamiseks (sisaldades ka otsust hankemenetlusele kohalduva õiguse kohta). RHAD loob õigusselguse kohalduva õiguse ja osapoolte vastutuse osas nii hankijatele kui ka hankemenetluses osalemisest huvitatud isikutele, tagades seejuures huvitatud isikute õiguste kaitse vaidlustusmenetluse näol.

Direktiivi esialgne ettepanek nägi ette hankemenetlusele kohalduva õiguse puudumisel selle kindlaksmääramise reeglid, aga kahetsusväärset need kehtivasse õiguskorda see ei jõudnud. Kehtiva direktiivi järgi peab hankija juhinduma ainult Rooma I määrusest, nagu viitab direktiiv ise, ning pooltevahelisest koostöölepingust. Õiguskirjanduses ja enne direktiivi vastuvõtmist kujunenud praktikas on leitud, et isegi kui valik on tehtud, ei välista see võimalust teise hankija riigihankeõiguse kohaldamiseks.

Hankemenetlusele kohalduva õiguse üheks oluliseks osaks on vaidlustusmenetluseks pädeva organi määratlemine. Vaidlustuse läbivaatamiseks pädev organ on lahutamatult seotud hankemenetlusele kohalduva õigusega ehk olukorras, kus hankemenetlus teostatakse Eesti hankeõiguse (RHS-i alusel), siis on ka vaidlustusorganiks on Eesti riigihangete vaidlustuskomisjon. Tegemist ei ole direktiivist tuleneva printsiibiga, vaid lähtub praktilistest kaalutlustest ning organite (töös analüüsitud Eestit) ebapädevusest teise riigi riigihankeõiguse

alusel tehtud otsuseid läbi vaadata. Nii on õiguskirjanduses taunitud õiguskaitsemeetmete direktiivide uuesti läbivaatamata jätmist – need ei vasta enam võimalikele paindlikutele hankemeetmetele, mida direktiiv ette näeb.

Hankemenetluse tulemuseks on hankelepingu sõlmimine. Direktiiv ja RHS ei sea piiranguid hankijate nimetamise osas ehk hankelepingu osapooliks võib teoorias olla ka üksnes juhtivhankija, kes menetluse korralduslikult läbi viib kui ka kõik ühishankijad. Hankelepingu täitmise ja hankijate huvide tagamiseks on oluline vastav probleemkoht ära lahendada juba koostöölepingu sõlmimise raames. Juhul, kui hankelepingus esindab hankijaid vaid juhtivhankija, tuleb juhtivhankijale koostöölepingus anda ka vastavad volitused lepinguliste nõuete esitamiseks teiste hankijate nimel, samuti printsiibid, kuidas täitjale tasu makstakse ja täitjalt saadud trahve jaotatakse. Muuhulgas on vastutuse osas hankijate vahelistes suhetes tähtis solidaarsuse printsiip. Selle rakendamine võib täitjale kaasa tuua palju õiguseid ja hankijatele kohustusi. Oluline on ka hankelepingu muutmise regulatsiooni ebaselgus ja muutmisega seonduvad praktilised probleemid. Autori hinnangul peab hankelepingu muutmine toimuma hankemenetlusele kohaldunud riigi õiguse alusel, mitte hankelepingu täitmisele kohalduva õiguse alusel. Hankelepingu muutmise regulatsioonile kohalduva riigihankeõiguse valikut kehtiv direktiiv ega RHS ette ei näe. Juhul, kui seadusandja peaks sellist valikuvabadust aktsepteeritavaks, siis on vajalik esitada detailsed suunised või muuta kehtivaid õigusakte. Samuti peab aruandluskohustuse Euroopa Liidu Teataja ees täitma praktilistel kaalutlustel juhtivhankija.

Töös esitatud analüüsi tulemusena leidis püstitatud hüpotees kinnitust – direktiivi sõnatus ei taga piisavat õigusselgust piiriüleste ühishangete korraldamiseks koostöölepingute alusel. Direktiivi artikkel 39 lg 4 ja RHS § 44 lg 4 loovad õiguslikku ebaselgust ning erinevat rakenduspraktikat ka Eesti hankijate seas. Õigusselguse tagamiseks on vajalik regulatsiooni täiendada nõudega sätestada koostöölepingus kohalduv õigus kõikide piiriüleste ühishangete etappide osas ning näha ette hankijate kaalutusõigus kohalduva õiguse määratlemisel. Kaalutusõiguse olemasolul on vajalik ette näha ka detailsemad piirid – kas hankijad on piiratud hankijatevahelise ringiga või on hankijatel õigus poolte kokkuleppel kohaldada ka asjassepuutumatu riigi õigust. Samuti on vaja täpsustada hankemenetluses tehtud otsuste tagajärgede ning vaidlustuste edukal esitamisel hankija(te) vastutuse (kohustuslikku) jaotamist.

Puudulik regulatsioon loob erinevat õiguspraktikat liikmesriikide üleselt, mis on sisuliseks takistuseks piirülese koostöö realiseerimisel ning direktiivi eesmärkide saavutamisel piiriüleste ühishangete vaates.

Determination of the applicable law and liability between contracting authorities as an essential precondition for joint cross-border public procurement

Abstract

The aim of this master's thesis was to analyse the sufficiency of the mandatory elements of the cooperation agreement provided in the Directive 2014/24/EU (hereinafter Directive) Article 39 on cross-border joint public procurement and whether these provisions are successfully implemented in cross-border joint public procurement. In order to achieve the aim, the author analysed whether the rules in the Directive provide sufficient legal clarity.

Master's thesis was focused only on cross-border joint public procurement with a cooperation agreement as enacted in Directive Article 39 section 4.

Various legal issues were examined taking into account the issue of applicable law and liability in relations between the contracting authorities. The author divided the thesis into three chapters, which are in chronological order of necessary steps in cross-border joint public procurement: (1) conclusion of a cooperation agreement, (2) preparation and execution of a public procurement procedure, (3) execution of public contract.

Author analysed both legal and practical issues related to the regulation of cross-border joint public procurement and presented solutions and legal instruments for risk mitigation in case the regulation remained unclear. The author hypothesised that in Article 39 section 4 of the Directive and, consequently, Public Procurement Act (hereinafter PPA) section 44 subsection 4, the regulation of cross-border joint public procurement has shortcomings in terms of determining the applicable law and liability. Author argued that clarification of the regulation is necessary to achieve legal clarity.

In order to give a practical view for the theoretical part, the author also analysed the cooperation agreements available to her and pointed out the written and oral answers of the representatives of various contracting authorities, which illustrated the topic from a practical point of view.

The analysis of the master's thesis showed that the objectives of cross-border joint procurement are economies of scale, development of the internal market and legal clarity regarding the legal aspects of cooperation. Conducting a cross-border joint public procurement under a cooperation agreement may require contracting authorities to incur significantly higher administrative costs,

but only for the first time. Practice in terms of cooperation with Member States will provide the basis for effective cross-border joint public procurement in the future.

Author highlighted that the legal classification of a cooperation agreement is unclear and may be classified as public contract, depending on the Member State. This leads to the application of a number of administrative rules to cross-border joint public procurement, which have not been correctly provided in the Directive. Considering the Directive itself refers to the Regulation (EC) No 593/2008 (Rome I Regulation) and that cross-border joint public procurement aims to ensure flexibility, the cooperation agreement should be considered as a private law contract. The author also proved on the basis of the current Estonian legislation that it is not possible to enter into a civil law administrative contract between contracting authorities from different countries, as the contract does not transfer the performance of a public task. The author took the opinion that PPA section 44 subsection 4 is a rule of authority arising directly from PPA for concluding this agreement. The liability of the contracting authorities arising from the cooperation as a whole is strongly dependent on the provisions of the cooperation agreement. It is important for the legislator to address the unclear scope of administrative legislation in order to bring the legislation in line with the objectives of the Directive.

It was also highlighted that cross-border joint public procurement is also applicable to the simple procurement procedure and it is necessary to conclude cooperation agreement as well. However, main limitation must be presented here. It is prohibited to use the flexible options in order to circumvent mandatory provisions. This raised another set of legal questions about applying Directive. It was analysed how to deal with the differences between the thresholds applicable to different contracting authorities, moreover, the thresholds applicable to the contracting entities (operating in a network sector) and contracting authorities. Author gave practical example - Estonian and Latvian contracting authorities can use a simple procurement procedure through an Estonian contracting authority, even though Latvia already has an obligation to conclude public contract because national threshold has been reached (e.g. public contract in the sum of 50,000 euros).

Another shortcoming is that the regulation of cross-border joint public procurement does not specify to which phase the applicable law must be determined by the contracting authorities as enacted in Directive Article 39 section 4. The author pointed out that this wording refers to the law applicable to the procurement procedure. This lack of concreteness is causing contracting authorities to deprive from using innovative solutions in public procurement. Thus, it is more

important that contracting authorities lay down detailed procedural rules for drawing up procurement documents (including a decision on the law applicable to the procurement procedure).

The choice of law applicable to the public procurement procedure should also include the body competent for the review procedure. In other words, if a procurement procedure has been carried out in accordance with the Estonian PPA, then the reviewing body is also the Review Committee of Estonia. Author points out that legal literature has condemned the non-revision of the Remedies Directives (Directive 2007/66/EC, 89/665/EEC and 92/13/EEC), which no longer corresponds to the possible flexible procurement measures provided in the Directive.

Finally, there are no restrictions on the definition of contracting authorities for the public contract, but contracting authorities need to consider this issue at the outset of the cooperation. If only the lead contracting authority represents the contracting authorities in the public contract, the lead contracting authority must also be given the respective authorisation in the cooperation agreement to submit contractual claims on behalf of other contracting authorities, as well as the principles of remuneration and distribution of penalties. Among other things, the principle of solidarity is important in relations between contracting authorities with regard to liability. Its implementation can lead to many rights for the contractor and obligations for the contracting authorities. Also, amending the procurement contract must be based on the public procurement law of the contracting authority that conducted the procurement procedure. For practical reasons, the lead contracting authority must also report to the Official Journal of the European Union. The choice of public procurement law applicable to the regulation of contract amendment is not provided in the current Directive or in the PPA. If the legislator considers such freedom of choice to be acceptable, it is necessary to provide detailed guidelines or amend existing legislation.

In summary, the hypothesis was confirmed by the author. Indeed, Article 39 section 4 of the Directive and PPA § 44 section 4 are creating legal ambiguity and different procurement practices among Estonian contracting authorities. It is necessary to specify which choice of applicable law the regulation provides for and at which stages the contracting authority has a discretion. It is also necessary to specify the (mandatory) liability between the contracting authority (ies) for the consequences of the decisions taken in the procurement procedure and reached in the review procedure.

Lühendid

1. EKo – Euroopa Kohtu otsus
2. EL – Euroopa Liit
3. HKTS – halduskoostöö seadus
4. HMS – haldusmenetluse seadustik
5. RHAD – riigihanke alusdokumendid
6. RHS – riigihangete seadus
7. RKHKm – Riigikohtu halduskolleegiumi määrus
8. RKHKO – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus
9. TlnHKm – Tallinna Halduskohtu määrus
10. VAKO – riigihangete vaidlustuskomisjon
11. VÕS – võlaõigusseadus

Allikad

Kasutatud kirjandus

1. Aedmaa, A., *et al.* Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010. Arvutivõrgus:
<https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/14765/9985568605.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (04.01.2020).
2. Aedmaa, A., Parrest, N. Haldusleping. Sisekaitseakadeemia, Tallinn 2004, lk 12.
3. Amel, A. Õiguskaitsevahendid hankelepingu õigusvastasel muutmisel. Magistritöö. Juhendajad Janar Jäätma, Ivo Pilving. Tallinn: Tartu Ülikool 2019.
4. Arrowsmith, S (*ed.*). EU Public Procurement Law: An Introduction. *Sine loco, sine anno*. Arvutivõrgus:
<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (01.03.2020).
5. Bovis, C. Financing services of general interest, public procurement and state aid: the delineation between market forces and protection. *Columbia Journal of European Law* 10, 2003-2004.
6. Council of the European Union. Interinstitutional File: Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on public procurement – Cluster 6: Aggregation of demand, 6907/12, 28.02.2012. Arvutivõrgus:
<https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%206907%202012%20INIT> (01.12.2019).
7. Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele kuidas rakendada Euroopa riigihanked kogu Euroopa teenistusse. COM (2017) 572 final. Arvutivõrgus:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/ALL/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN> (02.12.2019).
8. Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele ühtse turu täiustamise kohta: rohkem võimalusi inimestele ja ettevõtetele. COM (2015) 550 final/2. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ET/1-2015-550-ET-F2-1.PDF> (02.12.2019).
9. Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta, Brüssel, 20.12.2011, KOM(2011) 896 lõplik. Arvutivõrgus: <https://eur->

- [lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN)
(01.12.2019).
10. Euroopa Komisjon. Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile ja nõukogule. Riigihangete valdkonnas kasutatavaid läbivaatamismenetlusi käsitlevate direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ (muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) tulemuslikkuse kohta, 24.01.2017, COM(2017) 28 final. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ET/COM-2017-28-F1-ET-MAIN-PART-1.PDF> (04.03.2020).
 11. Euroopa Komisjon. Komisjoni talituste töödokument, milles käsitletakse ELi riigihankeõiguse kohaldamist ostjatevahelistele suhetele (riigiasutuste vaheline koostöö). 04.10.2011, SEK (2011) 1169 (lõplik). Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/et/renditions/pdf> (12.01.2020).
 12. Euroopa Komisjon. Komisjoni talituste töödokument, mõju hindamise kommenteeritud kokkuvõte, mis on lisatud dokumentidele “Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta” ja “Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid”, Brüssel, 20.12.2011, SEK(2011) 1586 lõplik. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1586&from=EN> (01.12.2019).
 13. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide komiteele. Investeerimise soodustamine suurte taristuprojektide hankeaspektide vabatahtliku eelhindamise kaudu. Strasbourg, 3.10.2017, COM(2017) 573 final. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0573&from=et> (03.12.2019).
 14. Euroopa Komisjon. The Single Market Strategy. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/growth/single-market/strategy_et (01.02.2020).
 15. Euroopa Komisjon. Ülevaade komisjoni võetud meetmetest. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/overview-commissions-response_et (28.04.2020).
 16. European Commission. Commision staff working paper, impact assessment accompanying the document “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement” and “the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors”, Brussels, 20.12.2011, SEC(2011) 1585

- final. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1585&from=EN> (01.12.2019), p 159.
17. European Commission. Joint Procurement. Fact sheet (European Commission Green Public Procurement (GPP) Training Toolkit - Module 1: Managing GPP Implementation), 2008. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/module1_factsheet_joint_procurement.pdf (05.04.2020).
 18. European Commission. Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/22102/> (02.02.2020).f
 19. European Parliament. Towards an EU Regulation on Administrative Procedure? Directorate General for Internal Policies, 2010. Arvutivõrgus: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET\(2010\)432743_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET(2010)432743_EN.pdf) (06.03.2020).
 20. Heuinckx, B. Applicable Law to the Procurement of International Organisations in Europe. University of Nottingham, Fourth Public Procurement Research Students Conference, 7.-8.09.2009. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2009/ baudouin%20heuinckx.pdf> (01.04.2020).
 21. Hirvoja, M. Haldusleping. Mõiste, kasutusala ning mõned olulised õiguslikud jooned. Juridica 1999/7.
 22. Kama, P. Usaldus kui õiguslikku kaitset vääriv fenomen. Juridica VIII/2016.
 23. Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. *Sine loco, sine anno*. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/hankelepingu_muutmine_1_15.pdf?download=1 (28.04.2020).
 24. Karjalainen, K. Challenges of Purchasing Centralization – Empirical Evidence from Public Procurement. Doctoral Dissertation. Supervisors Dr. Katariina Kemppainen, Dr. Erik M. van Raaij. Helsinki School of Economics 2009. Arvutivõrgus: <http://epub.lib.aalto.fi/pdf/diss/a344.pdf> (22.02.2020).
 25. Laanemäe, K. Kaebeõiguse eeldused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendajad Carri Ginter, Triin Väljaots. Tallinn: Tartu Ülikool 2015.
 26. Lebon, L. Cross-border procurement problems and transnational entities. Italian Journal of Public Law, vol. 9, issue 2, 2017.

27. Lõhmus, U. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtted: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. – Juridica IX/2011.
28. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
29. Pallo, E. Alltöövõtja avalduse alusel peatöövõtjale lepingulise maksete peatamine – õiguslik olemus ehitustööde hankelepingus. Magistritöö. Juhendaja *dr. iur* Mari Ann Simovart. Tallinn: Tartu Ülikool 2018.
30. Parrest, N., Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn 2003. Arvutivõrgus: <https://www.digar.ee/arhiiv/et/download/22628> (23.03.2020).
31. Peedusk, P. Riigihanke üldpõhimõtete järgimine turu-uuringus ja ettevõtja osalemisel riigihanke ettevalmistamises. Magistritöö. Juhendaja *dr. iur.* Mari Ann Simovart. Tartu: Tartu Ülikool 2019.
32. Pirbe, T. Hankelingu muutmise lubatavuse eeldused. Magistritöö. Juhendaja Carri Ginter. Tallinn: Tartu Ülikool 2019.
33. Racca, G. M., Yukins, C (ed.). Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders. Bruylant, 2019.
34. Rahandusministeerium. Riigihangete valdkonna 2018. aasta statistiline kokkuvõte. Tallinn: Rahandusministeerium, 2019. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/2018_esmane_riigihangete_statistika_luhikokkuvote.pdf?download=1 (01.03.2020).
35. Reinisch, A. International Organisations before National Courts. Cambridge University Press, 2004.
36. ReNEUAL Research Network on EU Administrative Law. ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure, 2014. Arvutivõrgus: http://www.reneual.eu/images/Home/ReNEUAL-Model_Rules-Compilation_BooksI_VI_2014-09-03.pdf (09.04.2020).
37. Riigihangete seadus. Komm vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2019.
38. Rosenberg, T. Õigusselguse põhimõte Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikas. Magistritöö. Juhendaja Ülle Madise. Tallinn: Tartu Ülikool 2019.
39. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. Juridica VI/2014.
40. Sànches-Graells, A. Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia? Procurement Law Journal, 2016. Arvutivõrgus: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/605a97a4-7ff8-42f4-82aa-93295675470e.pdf> (13.02.2020).

41. Sàñches-Graells, A, Herrera Anchustegui, I. Impact of public procurement aggregation on competition. Risk, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24. University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-35. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2534496 (22.02.2020).
42. Sàñches-Graells, A. Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated? A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study. European Procurement & Public Private Partnership Law Review vol. 2, 2017. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2944008 (02.02.2020).
43. Sàñches-Graells, A. The Emergence of Trans-EU Collaborative Procurement: a „Living Lab“ for European Public Law? Public Procurement Law Review, 2020. Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3392228 (01.04.2020).
44. Simovart. M. A. Enforcement of Ineffectiveness of Unlawfully Modified Public Contracts. Juridica International 24/2016. Arvutivõrgus: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2016_1_43.pdf (09.04.2020).
45. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihangetes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoriväitekiri. Juhendajad Carri Ginter, Irene Kull. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010.
46. Simovart, M., A. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contracts modification rules. Upphandlingsrättslig Tidskrift, 1, pp 33–47, 2015. Arvutivõrgus: https://www.researchgate.net/publication/291355913_Simovart_M_A_Old_remedies_for_new_violations_The_Deficit_of_Remedies_for_Enforcing_Public_Contract_Modification_Rules_UrT_20151_pp_33-47 (05.04.2020).
47. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L (ed.). EU public procurement law: Brussels commentary. München: Beck, 2018.
48. Valcarcel Fernandez, P. The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions. Arvutivõrgus: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/28_10_2017_11_08-Article_Valcarcel_2017.pdf (01.04.2020).
49. Varul. P., et al. Tsiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura 2012.
50. Võlaõigusseadus I. Komm vlj. 2. vlj. Tallinn: Juura 2016.
51. Võlaõigusseadus II. Komm vlj. Tallinn: Juura 2007.
52. Walker, H., et al. Collaborative Procurement: A Relational View of Buyer-Buyer Relationships. Public Administrations Review, Vol. 73, No. 4, 2013.

Kasutatud normatiivmaterjal

Eesti õigusaktid

53. Eesti Vabariigi ja Vene Föderatsiooni leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil-, perekonna- ja kriminaalasjades. – RT II 1993, 16, 27.
54. Eesti Vabariigi ja Ukraina leping õigusabi ja õigussuhete kohta tsiviil- ning kriminaalasjades. – RT II 1995, 13/14, 63.
55. Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline leping õigusabi osutamise ja õigussuhete kohta tsiviil-, töö- ning kriminaalasjades. – RT II 1999, 4, 22.
56. Eesti Vabariigi, Leedu Vabariigi ja Läti Vabariigi õigusabi ja õigussuhete leping. – RT II 1993, 6, 5.
57. Halduskoostöö seadus. - RT I, 19.03.2019, 116.
58. Haldusmenetluse seadus. - RT I, 13.03.2019, 55.
59. Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019, 145.
60. Tallinna Tehnikaülikooli seadus. - RT I, 19.03.2019, 90.
61. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 06.12.2018, 3.
62. Võlaõigusseadus. - RT I, 08.01.2020, 10.

EL õigusaktid

63. Euroopa Komisjoni 05.01.2016 rakendusmäärus (EL) 2016/7, millega kehtestatakse Euroopa ühtse hankedokumendi standardvorm, Lisa 2 - ELT L 13, 06.01.2016, lk 16-34.
64. Euroopa Liidu Põhiõiguste harta, 30. märts 2010, 2010/C 83/02. - ELT C 83, lk 389-403.
65. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 17.06.2008. a määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta. – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.
66. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, lk 19-131.
67. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, lk 114-262.

68. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. – ELT L 335, 20.12.2007, lk 31-46.
69. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014. a, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, lk 1-64.
70. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014. a, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242.
71. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014. a, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, lk 243-374.
72. Lissaboni leping, millega muudetakse Euroopa Liidu lepingut ja Euroopa Ühenduse asutamislepingut. 2007/C – ELT L 306/01, 17.12.2007.
73. Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta – ELT L 395, lk 246-248.
74. Nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992, lk 14-20.

EL liikmesriikide normatiivmaterjalid

75. Laki julkisista hankinnoista (348/2007). Arvutivõrgus: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348> (10.03.2020).
76. Publisko iepirkumu likums. Latvijas Vēstnesis, 254, 29.12.2016. Arvutivõrgus: <http://likumi.lv/ta/en/en/id/287760-public-procurement-law> (29.03.2020).

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtute ja VAKO lahendid

77. RKHKm 3-17-1329.
78. RKHKO 3-3-1-39-12.
79. RKHKO 3-3-1-72-13.

- 80. RKHKo 3-3-1-65-16.
- 81. RKHKo 3-16-586.
- 82. RKHKo 3-3-1-72-13.
- 83. TlnHKm 27.06.2016, 3-16-1242.
- 84. VAKOo 20.02.2020, 12-20/209441.
- 85. VAKOo 26.07.2019, 123-19/208962.
- 86. VAKOo 30.08.2018, 172-18/199485.

Euroopa Kohtu lahendid

- 87. EK asepresidendi määrus C-35/15 P(R), *Euroopa Komisjon vs Vanbreda Risk & Benefits*, apellatsioonkaebus.
- 88. EKo ühendatud asjades C-6/90 ja C-9/90, *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci ja others vs Italian Republic*, eelotsusetaotlus.
- 89. EKo C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust and Coopservice Soc. coop. arl vs Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) jt*, eelotsusetaotlus.
- 90. EKo C-480/06, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik*, hagi.
- 91. EKo C-299/08, *Euroopa Komisjon vs Prantsusmaa*, hagi.
- 92. EKo C-340/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Prantsusmaa*, hagi.
- 93. EKo C-445/09, *IMC Securities BV vs Stichting Autoriteit Financiële Markten*, eelotsusetaotlus.
- 94. EKo C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH vs Fernwärme Wien GmbH*, eelotsusetaotlus.

Muud kasutatud allikad

- 95. Elering AS-i hangete ja enampakkumiste läbiviimise kord. Arvutivõrgus: <https://elering.ee/hangete-ja-enampakkumiste-labiviimise-kord> (20.04.2020).
- 96. Elering AS-i põhikiri. Arvutivõrgus: <https://elering.ee/sites/default/files/2020-01/Elering%20AS%20p%C3%B5hikiri%202017%20juuni.pdf> (28.04.2020).
- 97. E-riigihangete keskkonna teabeportaal. Riigihanke piirmäärad. Arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-politika/kasulik-teave#rIIGIHANKE%20PIIRMÄÄRAD> (16.02.2020).

98. Euroopa Komisjon. Spetsialistidele mõeldud riigihankemenetluste suunised kõige levinumate vigade vältimiseks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondidest rahastatavate projektide puhul. 27.09.2018. Arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/ga/publication-detail/-/publication/1f1c8329-c2c8-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-et> (11.03.2020).
99. France. Public Procurement 2020. Arvutivõrgus: <https://iclg.com/practice-areas/public-procurement-laws-and-regulations/france> (14.04.2020).
100. Rahandusministeerium. Kasutajajuhend hankija esindajale. 22.10.2018. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/registeer/kasutajajuhend_-_hankijale_v6.pdf (10.03.2020).
101. Rahandusministeeriumi juhised. <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave> (16.04.2020).
102. Rahandusministeeriumi 07.02.2018 kontrollakt nr 12.2-4/19.
103. Riigihangete registris Elering AS „Common IT system technical specification II“ (viitenumber 201398), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/728801/general-info> (02.03.2020).
104. Riigihangete registris Elering AS “Common IT platform development for gas transmission and balancing services” (viitenumber 205715), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/1552600/general-info> (02.03.2020).
105. Riigihangete registris Elering AS “Purchase of Baltic RSC datacenter” (viitenumber 198759). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726177/general-info> (02.03.2020).
106. Riigihangete registris Elering AS “Ühtse gaasi bilansipiirkonna reeglite väljatöötamine Balti(-Soome) sisend-väljund tsoonis” (viitenumber 195677). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/723140/general-info> (02.03.2020).
107. Riigihangete registris Politsei- ja Piirivalveamet “Koeratoidu ostmine” (viitenumber 145724), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/528016/general-info> (17.02.2020).
108. Riigihangete registris Politsei- ja Piirivalveamet “Koeratoidu ostmine” (viitenumber 187120), Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/714631/general-info> (17.02.2020).

109. Riigihangete registris Sotsiaalministeerium „Ühishange vaktsiinide ostmiseks“ (viitenumber 198831). Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/rhr-web/#/procurement/726249/notices/notice/1599159/contracting-authority> (10.03.2020).
110. Stalzer, J. Austria: Centralised Purchasing Bodies / Do Austrian courts have jurisdiction over German procurement procedures? 29.03.2016, Schoenherr. Arvutivõrgus: <https://us6.campaign-archive.com/?u=ca484c7d4831cf58fcd047a48&id=fc3d78103f&e=63c500dc64> (13.02.2020).

Lisad

Lisa 1. Küsimustik ning hankijate vastused, teabepäringute vastused

Küsimustik, saadetud autori poolt alates 20.12.2019 e-posti teel:

1. Kas ja kui palju olete piiriüleseid ühishankeid korraldanud (näiteks viimase 5 aasta jooksul)?
2. Mida olete piiriülese ühishanke raames hankinud?
3. Teostatud piiriüleseid ühishankeid silmas pidades, miks sai valitud selline hankemudel?
4. Millised on olnud piiriülese projekti (ühishanke ettevalmistamine, (riigi)hankemenetlus, lepingu täitmine) peamised probleemkohad? Oma vastuses võiks lähtuda järgmisest:
 - i) Reeglistiku (eelkõige RHS § 44) piisav selgus ja arusaadavus;
 - ii) Vajalike dokumentide (lepingud) koostamise protsess;
 - iii) Vaidlustused ja lepingulised vaidlused.
5. Mis on Teie jaoks piiriülese ühishanke läbiviimise peamised eelised?
6. Kas võin Teiega telefonitsi või kokkusaamise läbi teha täiendava intervjuu, kui selleks on vajadus? Kui jah, siis palun Teie kontakte.

Vastused

Hankija:	Vastus:
Eesti Energia	20.12.2019 telefonitsi: Eesti Energia ei ole teinud piiriülest ühishanget
Haigekassa	20.12.2019 e-post: 3) Esimene ühishankemenetlus - parandada vaktsiini kättesaadavust, kuid ühtlasi oli see pilootprojekt, mille käigus saada esmane kogemus. Järgmised ühishankemenetlused- saavutada mastaabiefekt. 4) Eesti juhtimisel läbi viidud riigihangetes on hankedokumendid jäänud aastate jooksul üldjoontes samaks ja suuri probleeme/ vaidlusi tekkinud ei ole. Kuivõrd kogu menetluse eest vastutab juhtiv partner, siis menetluslikesse detailidesse teised partnerid ei sekku. Eeskätt käib arutelu tehnilise kirjelduse osas. Ka raamlepingus on kokku lepitud. Raamlepingu all sõlmitakse eraldi hankelepingud Eestisse ja teistesse riikidesse tarnitavate ravimite osas. See toob vajaliku paindlikkuse ilma milleta suure tõenäosusega ravimite

	<p>ühishanked õnnestunud ei oleks. Vaidlustusi ja lepingulisi vaidlusi senini olnud ei ole.</p> <p>5) Eeskätt on senise kogemuse põhjal andnud piiriülesed ühishankemenetlused väga olulise hinnalanguse ja rahaliste vahendite kokkuhoiu, mis on võimaldanud soetada uusi vaktsiine. N-ö passiivsele hankijale (ei ole juhtiv partner) annab see ka säästu töötundides ja mugava lahenduse, kuivõrd hankemenetluse viib läbi teine hankija. Samuti on oluliseks eeliseks riikidevahelise info jagamine, mida ilma ühishanke raamistikuta oleks keeruline tagada.</p> <p><i>Edastatud on ka Powerpoint ja koostööleping, raamleping. Vastatud on täiendavatele autori küsimustele, nt:</i></p> <p>20.04.2020 e-post:</p> <p>Minule teadaolevalt lisaprotseduure haldusõigusliku menetluse mõttes läbi ei viidud va analüüs koostöölepingu allkirjastamise protseduuri osas. Eeskätt analüüsiti, kas tegemist on välislepinguga, mille sõlmimiseks on vajalik Vabariigi Valitsuse volitus. Välisministeeriumilt saadud juhiste järgi tunnistati leping ametkondlikuks ja Vabariigi Valitsusse lepingut ei viidud.</p>
Riigi Tugiteenuste Keskus (RTK)	<p>20.12.2019 e-post:</p> <p>RTK ei ole piiriüleseid ühishankeid korraldanud.</p>
Tallinna Tehnikaülikool (TTÜ)	<p>20.12.2019 e-post:</p> <p>TTÜ ei ole piiriüleseid ühishankeid korraldanud.</p>
Töötukassa	<p>20.12.2020 e-post:</p> <p>Töötukassa ei ole mitte kordagi korraldanud piiriüleseid hankeid. Selle põhjuseks on:</p> <ul style="list-style-type: none"> - valdkonna eripära – sotsiaalsektor; - asjaolu, et meie hangete kogumaksumused on väikesed. Hankelepingu maksumused ei ületa 100 000 eurot, tavaliselt on need veel väiksemad. Sellest järeldub, et investeringute maht on samuti väike ning ei nõua mitme erineva riigi kapitalituru kaasamist; - hangime enamasti teenuseid, mis on geograafiliselt piiratud Eestiga.
Riigi Kinnisvara AS (RKAS)	<p>20.12.2019 e-post:</p> <p>RKAS ei ole piiriüleseid ühishankeid korraldanud.</p>

Politsei- ja Piirivalveamet	<p>06.03.2020 e-post:</p> <p>Politsei- ja Piirivalveamet ei ole piiriüleseid ühishankeid korraldanud ega neis osalenud ning seega ei oska kahjuks teistele Teie poolt esitatud küsimustele vastata.</p>
Elektrilevi OÜ	<p>06.01.2020 Skype:</p> <p>1. Kas ja kui palju olete piiriüleseid ühishankeid korraldanud (näiteks viimase 5 aasta jooksul)? – 5 a jooksul ei ole.</p> <p>2. Mida olete piiriülese ühishanke raames hankinud? Ei olegi, aga tuleviku mõttes: oleneb vajadustest, eelkõige kuskil, kus võiks olla kokkuhoid, nt rikete likvideerimine (Lõuna-Eestis oli torm, seal oli Lätist partnereid ehk nt rikete likvideerimise raamlepingud, muidugi on oluline ohutuse tagamine, aga siis ongi asjakohane näiteks Läti partner ja Läti võrguettevõtja, keda saaks kaasata ning ka vastupidi). Näiteks, kui Elektrilevi korraldab hanke Eestis, võtame Läti võrguettevõtja lepingusse ning neil on võimalik ka oma piirkondades töövõtjat kasutada, samuti saaks võsalõikuse piirkondi Lätiga koordineerida. Soome ja Rootsiga võiks olla väike võimalus põhimaterjale ja seadmeid hankida koos (seadmetrafod), mahud võiksid anda siis säästu. Laserskaneerimine võiks ka olla asjakohane. Elektrilevil on raamleping ühe partneriga, kellele esitatakse tellimusi. Kui on üks partner ja ta on kohustatud teostama skaneerimist, siis see võiks olla koos Baltikumiga.</p> <p>5. Mis on Teie jaoks piiriülese ühishanke läbiviimise peamised eelised?</p> <p>Eelis võiks olla, et äkki on võimalik saada parem hind turult, tekivad ühispakkujad, kes suudavad kulusid omavahel jagada. Saada rohkem pakkujaid. Samas ei näe, et Eesti ettevõtetel tööd vähe oleks. Näen, et IT arenduses on ühisosa Elering AS-i ja Baltikumiga. Samuti, näha teisi praktikaid, kuna õppimisruum on. Vana viisi asjade tegemine ei ole tegelikult alati kõige õigem.</p>
TÜ Kliinikum	<p>07.01.2020 e-post:</p> <p>TÜ Kliinikum ei ole piiriüleseid ühishankeid teinud</p>
Tartu Ülikool	<p>07.01.2020 telefonitsi:</p> <p>Tartu Ülikool ei ole piiriüleseid ühishankeid teinud</p>
AS Eesti Raudtee	<p>01.04.2020 e-post:</p> <p>1. Teostatud piiriüleseid ühishankeid silmas pidades, miks sai valitud selline hankemudel? Esitasime koos ühistaotluse INEA rahastuse saamiseks, siis see</p>

	<p>oli ainus võimalus. Üksi poleks rahastust antud projektidele saanud, kuna eraldi oleks mahud liiga väikesed olnud.</p> <p>2. Millised on olnud piiriülese projekti (ühishanke ettevalmistamine, (riigi)hankemenetlus, lepingu täitmine) peamised probleemkohad? Oma vastuses võiks lähtuda järgmisest:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Reeglistiku (eelkõige RHS § 44) piisav selgus ja arusaadavus; ii) Vajalike dokumentide (lepingud) koostamise protsess; iii) Vaidlustused ja lepingulised vaidlused. <p>Probleemid: meil on lühikese aja jooksul vaja teha hulk tööd, nt koostöölepingute ning selle lisade ette valmistamine, RHAD ettevalmistamine jne. Probleemiks oli näiteks tööjaotus: kuigi Läti ja PwC olid hanke vedajad, siis soovisid nad ka meilt palju abi uute lepingute või hankedokumentide ettevalmistamisel. Probleemiks oli ka erinevate nägemuste kooskõlastamine. Mis üldse on hanke skoop ja objekt jne. Samuti oli probleemiks erinev õigusruum ning selle kajastamine lepingutes.</p> <p>3. Mis on Teie jaoks piiriülese ühishanke läbiviimise peamised eelised? See, et tegime ühistaotluse.</p> <p><i>23.04.2020 esitatud koostööleping konfidentsiaalsuskokkuleppe alusel töö autorile.</i></p>
Rail Baltic Estonia OÜ	<p>11.03.2020 e-post:</p> <p>Vabandan vastuse viibimise pärast. Rail Baltic raudteeprojekti projekteerimise (kestab kuni 2022) kontekstis on projekteeritavad lõigud jagatud geograafilisel põhimõttel. Valitsuste vaheline kokkulepe sätestas nii. Piiriüleseid meetodeid planeerime trassi ehituse faasis. Eesti-Läti õigusraamistiku erinevuste baasil otsustatakse millise riigi õigust kasutame. Ehk hetkel ei ole mul kahjuks kogemust jagada.</p> <p>Küll aga näen infrastruktuuriarenduse projektides piiriüleste ostude perspektiivi eeldusel, et ostu maht on piisav ning tehnilised eeldused ning ühilduvuse riskid on eelnevalt põhjalikult hinnatud.</p>
RB Rail AS	<p>28.04.2020 e-post:</p> <p>1. Piiriüleste hangete osas on oluline kuidas neid mõtestada – kas tegemist on (a) korraga erinevates riikides eksisteerivate vajaduste katmisega ühes hankes sh kaasates teisi hankijaid, (b) ühest riigist teises riigis eksisteerivate vajaduste katteks vastavalt hankimisega, või (c) ühe hankija poolt nii tema enda kui mõnes teises riigis eksisteerivate vajaduste katteks hankimisega.</p>

Rail Baltica projektis, näiteks, ehitustööde osas ei ole me seni piiriüleseid hankeid teinud. See seisab meil veel ees, mis puudutab piirile jäävaid raudteelõike. Samas oleme läbi viinud hankeid teises riigis olevate vajaduste katteks. Kuna RB Rail AS on registreeritud Läti äriregistrisse, siis olemasolevate kokkulepete kohaselt viib RB Rail AS hankeid läbi Läti hankeseaduse alusel. Seetõttu on projekteerimishanked, ka Eesti kolmele projekteerimislõigule, viidud läbi Läti hankeseaduse alusel – Läti hankeseadus, Eesti ehitusseadus. See tähendab, et projekteerimishanked peavad vastama kohalikule seadusandlusele, kuid näiteks lepingumuudatuste korral tuleb käsitleda neid vastavalt Läti hankeseadusele.

Edaspidi on plaanis korraldada projekti raames mitmeid piiriüleseid hankeid, mis puudutab ehitust, materjale ja võimalikke teenuseid.

2. Piiriüleste hangete puhul saab olema tegemist nii teenuste, materjalide kui töödega.

Eelnevalt oleme hankinud peaasjalikult teenuseid – näiteks õigusteenus, mis katab RB Rail AS'i kolme riigi juriidikaga seotud valdkonnad.

Hetkel näiteks on käimas raamlepingute hange, mille vajadusi hangitakse 3 riigi üleselt ja kaasatud on meile endile veel 2 hankijat -

<https://www.railbaltica.org/tenders/open-competition-expert-services-for-the-rail-baltica-global-project-identification-no-rbr-2020-8/>

3. Esiteks, Rail Baltica projektis on oluline riikidevaheline koostöö. Lisaks annab konsolideerimine olulist kasutegurit, pidades silmas mastaabiefekti, administratiivsete kulude ja ressursikasutuse otstarbekust, liigset killustatust ja sellega seoses tekkida võivad segadust erinevate teenuste-tööde haldamise osas, jne. RHS küll soodustab väiksemate pakettide hankimist, toetades väikseid ja keskmise suurusega ettevõtjaid, kuid suurprojektide läbiviimisel, arvestades võimalikke projekti läbiviimisega seotud riski, samuti projekti olulisust, kulu ja avaliku raha võimalikult otstarbekat kasutamist, ei ole see tihtipeale otstarbekas. Samuti tuleb arvesse võtta teist RHS nõuet liigsest hankepakettide killustamisest, mis kätkeb endas keeldu 'tükeldamises' selleks, et lihtsamaid menetlusreegleid rakendada.

	<p>Rail Baltica projektis ei ole hangete korraldamisel aluseks esmalt mitte hankeseadus, vaid projekti reaalsed vajadused. Peale projekti vajaduste spetsiifika väljaselgitamist valitakse parim võimalik seaduspärane lähenemine, selleks, et tagada projekti edu.</p> <p>4.</p> <p>1.) Riigihangete seadused eri riikides keskenduvad riigisisestele hangetele, mistõttu piiriüleste hangete läbiviimisel puudub teatud küsimustes piisav selgus – esiteks, oleks kasulik kui oleks välja toodud peamised juhtnöörid / meelespea, millele tuleks piiriüleste hangete puhul tähelepanu pöörata.</p> <p>2.) Rail Baltica projektis oleme mitmeid punkte ja asjaolusid selgitanud, tuginedes oma analüüsis hankedirektiividele ja küsides nõu eri riikide seadusandjatelt. Meie puhul on olnud küsimuseks näiteks see, et kui arvestada, et iga balti riik omab RB Rail-is 33% osalust, siis kuidas mõtestada hankijate vahelist ressursi jagamist või sisetehinguid Eestis teiste hankijatega – võttes arvesse veel lisaasjaolu, et RB Rail rakendab riikidevaheliste kokkulepete alusel Läti hankeseadust.</p> <p>3.) Küsimusi on tekitanud ka ühes riigis kehtivate asjaolude rakendamine teises riigis – näiteks, pakkuja kõrvaldamise õigus ühes riigis kui temaga on teises riigis leping lõpetatud oluliste rikkumiste tõttu. Tuginedes direktiivile ja hankimise põhimõtetele leidis selle rakendamise õiguspärasus kinnitust, kuid see on ainult üks näide. Samuti on küsimusi ekspertide kogemuse küsimisega kvalifitseerimisetapis, kus Eesti ja Läti hankeseadus sätestavad erinevad tingimused. Lisaks, ka läbirääkimiste pidamise tingimused jne.</p> <p>4.) Olenemata sellest, et hankeseadused lähtuvad samast direktiivist, on riikide vahel siiski mitmeid erinevusi, samuti erinevusi direktiivi tõlgendamise osas. See tähendab täiendavat arusaamade, praktikate ja protsesside ühtlustamist riikide vahel, nõudes lisaaega ja seaduse nõuetesse ning nende tagamaadesse süvitsi minemist.</p> <p>RHS § 44 osas võiks olla sätestatud ka see, kas rakendatav seadusandlus peab siiski olema ühe või teise riigi hankeseadus, või kokkulepe direktiivi otse rakendamise osas, või hoopis direktiivi alusel paika seatud eraldi koostatud reeglistik.</p> <p>Muus osas on antud seaduse punkt üsna üldine, jääb põhimõtete tasandile.</p>
--	---

	<p>Dokumentide koostamise osas peaks riigiüleste hangete osas olema täiendavalt sätestatud keelenõuete paindlikkus. Mis puudutab Rail Baltica hankeid, siis projekti läbiviimise keeleks on riikidevahelises kokkuleppes sätestatud inglise keel. Hanked on enamjaolt rahvusvahelised. Seetõttu hankedokumentatsiooni koostamine kohalikus keeles või kohalikku keelde tõlkimine ei oma tihtipeale mingit praktilist väärtust, vaid lisab aega ja kulu. Piiriüleste hangete puhul ja üldisemant piiriüleste projektidega seotud hangete puhul peaks olema täiendav paindlikkus sellistes küsimustes. Hankimine peab olema praktiline ja sisuline.</p> <p>Vaidlustuste osas ei ole täheldanud probleeme, mis tuleneks hangete piiriülesest iseloomust. Küll on olnud tarvis täiendavaid selgitusi pakkujate küsimustele esitada.</p> <p>5. Konsolideerimine, mastaabiefekt, riskide maandamine, avaliku raha otstarbekaim kasutus pikemas perspektiivis, konkurentsi tugevdamine ja riigiülese ettevõtluse jätkusuutlikkuse arendamine läbi hankija tegevuse, tagades edaspidi paremate pakkumuste ja konkurentsi võimalused.</p> <p>Lisaks: Lisaks peaksin mainima veel, et hankeseadus ei peaks üritama mitte võimalikult täpselt ja spetsiifiliselt kõike reguleerida, vaid olema selgem selle osas, kus on hankija kaalutusõigus. Seejuures võiks hankeseadust pigem de-reguleerida.</p>
Maanteeamet	Vastust ei laekunud

Autor on esitanud ka teabepäringuid.

Teabepäring Sotsiaalministeeriumisse, vastus 10.03.2020:

Lugupeetud Liina Allikmäe

Täname pöördumise eest. Vastuseks Teie pöördumisele märgime, et senini on EL ühishangete puhul olnud tegemist eeskätt piiriülese ühishankemenetlusega, kus EL liikmesriigid volitavad Euroopa Komisjoni enda eest hanget läbi viima. Selleks on sõlmitud vastav leping EL liikmesriikide ja Euroopa Komisjoni vahel (Joint Procurement Agreement for medical

countermeasures). Rohkem infot antud lepingu ja ühishangete läbiviimise kohta on võimalik leida: https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement_en. Antud lepinguga on seotud ka Euroopa Parlamendi ja Nõukogu otsus 1082/2013/EU.

Konkreetsed isikukaitsevahendite ühishanke menetluse protsess on aga alles ettevalmistamisel ning meile teadaolevalt ei ole vastavad kokkulepped ja hankelepingu tingimused veel avalik info, st menetlus ja läbirääkimised tööstusega alles kestavad.

Ühtlasi märgime, et viidatud isikukaitsevahendite hankemenetluse eest vastutab Terviseamet ning tervisevaldkonna üldine hanketehniline pädevus, sh ühishangetes osalemise alane pädevus on alates 2019. aasta algusest Eesti Haigekassas. Täpsemate küsimuste korral praegu läbiviidava isikukaitsevahendite hankemenetluse kohta soovitame pöörduda nende asutuste poole.

Lugupidamisega

Kärt Sõber

Nõunik

Rahvatervise osakond

Sotsiaalministeerium

Päring Rahandusministeeriumisse RHS § 44 lg 2 ja 4 kohta, vastus 03.03.2020:

Tere

Seda, kas seadusandjal on plaanis nimetatud sätet muuta, ma ei oska kuidagi öelda. Rahandusministeeriumi poolt ettevalmistatav eelnõu ei ole aga veel sellises staadiumis, et teaksin sellise vähekasutatava sätte kohta praegu midagi märkida.

Tervitusi

Evelin Karindi-Kask

Riigihangete ja riigiabi osakond

Rahandusministeerium